LE LIVRE DES VENTES

DU

MOUWATTÂ DE MÂLIK BEN ANAS

TRADUCTION AVEC ÉCLAIRCISSEMENTS

PAR

FRÉDÉRIC PELTIER

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT D'ALGER

ALGER

TYPOGRAPHIE ADOLPHE JOURDAN

IMPRIMEUR - LIBRAIRE - ÉDITEUR

PLACE DU GOUVERNEMENT

1911

LE LIVRE DES VENTES

DU

MOUWAṬṬÂ DE MÂLIK BEN ANAS

LE LIVRE DES VENTES

DU

MOUWAṬṬÂ DE MÂLIK BEN ANAS

TRADUCTION AVEC ÉCLAIRCISSEMENTS

PAR

Frédéric PELTIER
PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT D'ALGER

ALGER
TYPOGRAPHIE ADOLPHE JOURDAN
IMPRIMEUR - LIBRAIRE - ÉDITEUR
PLACE DU GOUVERNEMENT

1911

A

William MARÇAIS

Témoignage d'affectueuse gratitude.

F. P.

PRÉFACE

La préparation de mon commentaire sur le Livre des Ventes du Çaḥiḥ d'El-Bokhâri m'a amené à étudier de près le Livre correspondant du Mouwaṭṭâ de Mâlik ben Anas.

Ce Livre du Mouwaṭṭâ présente un caractère si différent de celui du Çaḥiḥ et contient tant de matières qu'on chercherait en vain dans ce dernier ouvrage, qu'il m'a paru utile d'en entreprendre une traduction accompagnée d'éclaircissements. J'ai donc abandonné, pour un temps, l'étude d'El-Bokhâri, afin de terminer le travail que je présente aujourd'hui au public.

Il serait trop long d'examiner ici tous les traits par lesquels le Livre des Ventes du Mouwaṭṭâ diffère de celui du Çaḥiḥ. Bornons-nous à indiquer les principaux.

En premier lieu, il convient de remarquer que le Mouwaṭṭâ contient bien autre chose que des hadits. Tandis qu'El-Bokhâri se borne à rapporter des traditions, en les faisant précéder d'une tardjouma où il condense sa doctrine d'une façon parfois excessivement concise, Mâlik, après avoir cité des hadits, expose

très longuement les conséquences qu'il en tire. Très souvent aussi, il examine des usages locaux en vigueur à Médine, dont beaucoup n'avaient aucun point d'appui dans la tradition [1]. Il en résulte que les développements propres à l'auteur tiennent, dans son œuvre, une place plus grande que la citation des hadits.

La façon même dont ceux-ci sont rapportés par lui diffère beaucoup de celle à quoi les traditionnistes proprement dits nous ont accoutumés. Chez El-Bokhâri, chez Moslim, le hadits constitue le plus souvent un récit assez long, vivant, coloré, dans lequel sont relatées toutes les circonstances concrètes qui ont accompagné l'acte ou la parole du Prophète d'où découle la règle de droit. Aussi les deux Çaḥiḥ présentent-ils autant d'intérêt pour l'historien des mœurs et des idées que pour l'historien du droit. Il n'en est point ainsi dans Mâlik. La partie narrative se réduit presqu'à rien dans les hadits qu'il cite, et la règle de droit est rapportée toute seule en termes très secs et généralement très brefs.

Cette citation concise des hadits, et surtout les longs développements personnels dont l'auteur les fait suivre [2], donnent au livre des ventes du Mouwaṭṭâ un caractère abstrait que n'a point l'œuvre d'El-Bokhâri. Mais, malgré

(1) Aussi a-t-on pu dire avec exactitude que le Mouwaṭṭâ est avant tout un coutumier de Médine. Cf. Goldziher, *Muham. Stud.*, II, p. 214.

(2) Ces développements rendent inutile un commentaire suivi comme celui qui accompagne notre traduction du Çaḥiḥ. Il suffit d'éclairer par des notes les passages obscurs et difficiles.

cet aspect plus scientifique et, disons le mot, plus rébarbatif ; malgré la subtilité de certaines théories, ce serait une erreur de croire que le Mouwaṭṭâ reflète un droit plus avancé que celui du Çaḥiḥ d'El-Bokhâri. On sent, au contraire, très bien que Mâlik est tout voisin des origines et qu'un siècle environ sépare le Mouwattâ du grand ouvrage d'El-Bokhâri. Dans les rubriques de ce dernier, on arrive presque toujours à distinguer la nature de la sanction attachée à telle ou telle règle. On peut très bien démêler que, dans tel cas, cette sanction est purement spirituelle et n'empêche pas l'acte juridique de subsister et de produire tous ses effets ; que, dans tel autre, au contraire, cet acte est déclaré juridiquement nul. Cette distinction, il est presque toujours impossible de la faire dans Mâlik. La différence fondamentale qui se produira plus tard entre l'acte blâmable et l'acte interdit n'est point encore nette. Le droit, dans notre auteur, est encore pleinement enveloppé dans la morale religieuse. Et, à le bien prendre, le Mouwaṭṭâ est plutôt un traité de casuistique qu'un traité de droit.

Si l'aspect et la méthode des deux ouvrages que nous mettons en parallèle sont très différents, les solutions qu'ils admettent sur un grand nombre de questions particulières ne le sont pas moins.

El-Bokhâri, on le sait, se rattache étroitement au rite chaféite qui, dans la matière de la vente, se sépare assez profondément de la doctrine de Mâlik. Dans les notes, je me suis attaché à marquer la plupart de ces différences.

Remarquons enfin, qu'un grand nombre de théories, curieuses au point de vue juridique, et d'usages spéciaux à Médine, intéressants au point de vue économique, se rencontrent dans le Mouwaṭṭâ et sont étrangers à El-Bokhâri.

Parmi les plus remarquables de ces théories ou de ces usages, signalons les dispositions contenues au ch. 3, qui jettent une vive lumière sur les origines de la garantie d'éviction en droit musulman ; la défense faite au vendeur de se réserver plus du tiers dans la récolte qu'il vend (ch. 11) ; les règles relatives à la vente de certains fruits (ch. 15) ; celles relatives aux échanges portant sur des mélanges de denrées usuraires de même espèce, mais de qualités différentes (ch. 18) ; les conséquences importantes tirées de la prohibition de la revente de certaines denrées avant d'en avoir pris livraison (ch. 21) ; le système admis pour les échanges de certaines denrées qu'on peut appeler semi-usuraires, échanges qui, en se soumettant à la loi de la simultanéité, sont dispensés de la loi de l'égalité ou inversement (ch. 32) ; la prohibition de réunir deux ventes en une seule (ch. 33) ; les développements sur la vente « mourâbaḥa », à laquelle El-Bokhâri ne fait qu'une allusion très voilée (ch. 36) ; ceux relatifs à la vente sur « barnâmidj » (ch. 37) ; enfin les théories de l'association dans un marché (شركة), de la cession d'achat (تولية) et de la résiliation volontaire (إقالة) (ch. 41).

Cette énumération, déjà longue, mais qui est loin d'être complète, suffit à montrer que le Livre des Ventes du Mouwaṭṭâ contient une grande quantité de renseigne-

ments qu'on chercherait en vain chez les traditionnistes et à faire comprendre l'utilité que peut présenter une traduction de ce traité.

J'ai essayé de rendre ce travail plus fructueux en établissant, dans mes notes, une concordance entre les hadits cités par Mâlik et ceux qui figurent dans El-Bokhâri et dans Moslim.

Pour les hadits d'El-Bokhâri qui figurent dans le Livre des Ventes de son Çaḥiḥ, je renvoie à la traduction que j'en ai donnée; pour les autres, à la traduction de MM. Houdas et Marçais. Pour Moslim, je renvoie à l'édition accompagnée du commentaire d'En-Nawawi, donnée en marge du commentaire d'El-Qasṭallâni sur El-Bokhâri (Boulaq, 1293, 5e édition, 10 vol.).

Pour permettre de distinguer du premier coup d'œil les hadits cités dans le Mouwaṭṭâ d'avec les développements personnels de Mâlik, j'ai imprimé les premiers en caractères italiques, les seconds en caractères ordinaires. Il m'a paru également utile de donner en entier les isnâd, d'ailleurs très brefs, des hadits.

M. W. Marçais a pris la peine de revoir tout ce travail avec le plus grand soin. Ses savantes et amicales observations m'ont permis de préciser sur beaucoup de points et de rectifier sur plusieurs l'interprétation à laquelle je m'étais d'abord arrêté.

M. Chaïb Menouar, étudiant à la Médersa d'Alger,

s'est chargé pour moi de quelques recherches et vérifications qui m'ont été utiles.

M. le Gouverneur Général de l'Algérie a bien voulu décider que ce travail serait imprimé aux frais de l'Administration. Qu'il me soit permis de lui exprimer ici ma vive gratitude et d'adresser également tous mes remerciements à M. Luciani, Directeur des Affaires Indigènes, sur le rapport duquel cette décision a été prise.

LE

LIVRE DES VENTES

AU NOM DU DIEU CLÉMENT ET MISÉRICORDIEUX

CHAPITRE PREMIER

DE CE QUI A TRAIT A LA VENTE AVEC ARRHES (1)

Mâlik, d'après des gens dignes de confiance en ce sujet, d'après 'Amr ben Cha'îb, d'après son père, d'après son grand-père, rapporte que l'Envoyé de Dieu a défendu la vente avec arrhes (2).

Mâlik a dit : Nous pensons (mais Dieu est plus savant) (3) que la vente avec arrhes consiste en ceci : Un homme achète un esclave du sexe masculin ou du sexe féminin,

(1) بيع العُرْبان. Il faut croire que le sens de cette expression n'était pas sans faire quelque difficulté, puisque Mâlik, comme on va le voir, présente de façon hypothétique l'explication qu'il en donne.

(2) On ne trouve ce hadits ni dans El-Bokhâri ni dans Moslim, qui ne s'occupent nulle part du بيع العربان. La nullité de la convention d'arrhes, aux yeux de Mâlik et de son commentateur Ez-Zourqâni, est basée sur l'idée d'enrichissement sans cause (اكل اموال الناس بالبطل).

(3) Cf. ce qui a été dit plus haut, n. 1.

ou bien il loue une bête de somme. Puis il dit à celui de qui il a acheté ou loué : « Je te donne un dinâr ou un dirhem, ou plus, ou moins, sous cette condition que, si je prends la chose vendue ou si je monte [la bête] que j'ai louée de toi, ce que je t'ai donné viendra en déduction du prix de la chose vendue ou du loyer de la bête ; si, au contraire, le contrat de vente ou de location est abandonné, ce que je t'ai donné sera pour toi. » Cela est nul absolument.

Mâlik a dit (1) : Pour nous (2), il n'y a pas de mal à ce qu'on achète un esclave commerçant et éloquent, moyennant plusieurs esclaves d'Abyssinie ou d'un genre déterminé quelconque, qui ne le valent ni au point de vue de l'éloquence, ni au point de vue du commerce ou de l'habileté à mener à bien une affaire ou des connaissances. Il n'y a pas de mal à ce qu'on achète un esclave moyennant deux ou plusieurs ou avec adjonction d'un terme

(1) Il convient de remarquer que, dans ce qui va suivre, il n'est plus question, en réalité, de vente avec arrhes. On doit peut-être expliquer l'enchaînement des idées de la façon suivante : Mâlik, on l'a vu, rattache la prohibition des arrhes à l'idée d'enrichissement sans cause. Or, les échanges d'esclaves contre des esclaves font naître la question suivante : la non-égalité ou la non-simultanéité, dans ces échanges, doit-elle être considérée comme constituant, pour l'une des parties, un enrichissement sans cause ? Quoi qu'il en soit de la manière dont on puisse expliquer la suite des idées de notre auteur, on sait que les docteurs sont en désaccord sur la question qu'il examine ici. El-Bokhâri (ch. CVIII) admet, avec les Chaféites, la liberté absolue dans les échanges d'esclaves ou d'animaux. Moslim (t. VII, p. ٤٥) consacre la même solution. Mâlik, on va le voir, admet bien une certaine liberté de la convention en cette matière, mais exige, pour qu'il puisse y avoir légitimement non-égalité ou non-simultanéité dans l'échange, que les esclaves qui en font l'objet présentent une différence appréciable. Cf. les règles analogues formulées plus bas par notre auteur (ch. 25), relativement aux échanges d'animaux de même espèce.

(2) C'est-à-dire : pour les gens de Médine.

certain (1), alors qu'ils sont différents et que cette différence est manifeste. Si les esclaves se ressemblent au point d'être à peu près équivalents, on ne les échangera ni à un pour deux, ni à terme, même s'ils appartiennent à des genres différents (2).

Il n'y a pas de mal à ce que tu revendes ce que tu as acheté, en fait d'esclaves, avant d'en avoir reçu livraison, lorsque tu touches comptant le prix de cette chose d'un autre que de celui de qui tu l'as achetée (3).

Il ne faut pas que le fœtus soit excepté du ventre de sa

(1) لا بأس بهذا أن يشترى منه العبد بالعبدين أو بالاعبد الى أجل معلوم. C'est là une formule dont nous trouverons à chaque instant l'équivalent dans la suite de cet ouvrage, et dont il faut bien comprendre la valeur. Elle s'oppose à la formule contraire : مثلًا بمثل يدًا بيد et est destinée à marquer qu'une opération n'est soumise ni à la loi de l'égalité, ni à celle de la simultanéité. Mais elle ne signifie nullement, comme on pourrait le croire au premier abord, que l'échange inégal doive en même temps être affecté d'un terme.

(2) Par exemple, l'un est blanc, l'autre noir.

(3) La question de la revente avant livraison (ou prise de possession) est discutée entre les jurisconsultes. Il existe un hadits rapporté par Ibn 'Abbâs et par Ibn 'Omar, aux termes duquel la revente des *comestibles* est interdite avant la prise de possession. Mâlik et ses disciples l'interprètent restrictivement et n'étendent pas la règle aux ventes portant sur autre chose que des comestibles (لانّ النهى انما هو عن بيع الطعام قبل قبضه, disent les commentaires). Les Chaféites étendent, au contraire, la règle à toutes les ventes. El-Bokhâri (ch. LV et LVI) paraît bien partager cette opinion qui est également celle de Moslim (t. VI, p. ٤٥٩). Mâlik, on le voit, exige que la revente avant livraison soit faite à un autre qu'au premier vendeur; cela se conçoit acheter une chose 100 et la revendre immédiatement 110 à la même personne, c'est évidemment faire une opération usuraire : c'est, en réalité, échanger 100 d'or contre 110 d'or.

mère quand on vend celle-ci (1), parce que cela [constitue] un aléa : on ne sait pas si le rejeton sera mâle ou femelle, beau ou laid, incomplet ou complet, vivant ou mort, toutes circonstances qui font varier la valeur de l'esclave (2).

Mâlik a envisagé l'hypothèse suivante : Un homme achète un esclave du sexe masculin ou du sexe féminin, moyennant cent dinârs [payables] à terme. Ensuite, le

(1) لا ينبغى ان يستثنى جنين من بطن امّه اذا بيعت.
C'est-à-dire qu'en vendant une esclave enceinte, le vendeur ne peut pas se réserver la propriété de l'enfant qui en naîtra plus tard.

(2) La doctrine exposée ici est particulière aux Malékites, et voici en quoi : Tous les docteurs admettent bien que l'accessoire encore indiscernable de la chose suit, en principe, le sort de cette chose et est, par conséquent, compris, en principe, dans la vente de cette chose. C'est ce qu'Ibn 'Omar, d'après El-Bokhâri (tardjouma du ch. LVII), a exprimé dans ces termes assez énigmatiques :

مَا أَدْرَكَتِ ٱلصَّفْقَةُ حَيًّا مَجْمُوعًا فَهُوَ مِنَ ٱلْمُبْتَاعِ

termes que nous avons eu à expliquer dans notre *Livre des Ventes* du Çaḥiḥ, p. 103, n. 1. C'est le système, d'ailleurs bien naturel, qu'El-Bokhâri indique également, d'après Nâfi', au chap. XC (p. 167 et s.). Mais les Chaféites et la plupart des docteurs ne voient dans cette solution qu'une interprétation de volonté qu'on peut écarter par une volonté contraire. D'après eux, on peut donc convenir très valablement que l'enfant à naître de l'esclave vendue sera la propriété du vendeur. Mâlik ne le veut pas. En-Nawawi, sur Moslim (t. VI, p. ٤٩١), a nettement marqué cette divergence :

فان شرطها البائع لنفسه جاز عند الشافعى والاكثرين وقال مالك
لا يجوز شرطها للبائع

L'opinion de Mâlik se justifie rationnellement très mal. I réprouve que l'acheteur se réserve le rejeton, « parce qu'il y a aléa. » Mais le même aléa n'existe-t-il pas toujours, et la circonstance que ce rejeton sera nécessairement attribué à l'acheteur le fait-il disparaître le moins du monde ?

vendeur se repent ; il demande à l'acheteur de résilier le contrat, moyennant dix dinârs payés au comptant ou à terme, et il libère cet acheteur des cent dinârs dont il était débiteur. Mâlik a dit : Il n'y a pas d'inconvénient à cela (1). — Si l'acheteur se repent et demande au vendeur de résilier la vente de l'esclave du sexe féminin ou du sexe masculin, en lui promettant dix dinârs payables au comptant ou à un terme plus long que celui convenu dans l'achat de l'esclave (2), les parties font une opération illicite. Et la seule raison pour laquelle elle est réprouvée, c'est que les choses se passent comme si le vendeur vendait, avant l'expiration de l'année, les cent dinârs auxquels il aura droit à l'expiration de ce terme, moyennant une esclave et dix dinârs payables au comptant ou pour un délai plus long qu'une année. L'opération est donc entachée d'un échange d'or contre de l'or à terme (3). — Un homme vend une esclave

(1) Il n'y a pas d'inconvénient à cette opération, parce que, disent les commentateurs, on n'y voit pas or contre or en plus grande quantité, ni or contre or à terme : وليس فى ذلك ذهب بأكثر منه ولا الى أجل. L'opération revient, en somme, à ceci : Le vendeur rachète son esclave moyennant les cent dinârs dont il était créancier et qu'il abandonne, plus les dix dinârs qu'il paye ou promet à son vendeur. Or, il est toujours licite d'acheter un esclave moyennant un prix quelconque en argent, payable en totalité ou en partie, à terme ou au comptant. Peu importe, par conséquent, le moment où a lieu le payement de ces dix dinârs.

(2) Pour le payement du prix.

(3) Ce qui est violé dans ce cas, ce n'est point la règle de l'égalité qui doit exister dans l'échange des denrées usuraires, mais qui n'est point applicable ici, puisque, dans une des prestations, entre un élément (l'esclave) qui ne constitue pas une denrée usuraire. On peut parfaitement échanger cent dinârs contre un esclave et dix dinârs, pourvu que le payement des cent dinârs et des dix dinârs ait lieu au comptant ou au même terme. Si, au contraire, le payement des dix dinârs doit avoir lieu avant ou après la date de l'exigibilité des cent, la règle de la simultanéité est violée, comme le marque expressément notre auteur.

moyennant cent dinârs payables à terme; ensuite, il rachète (1) cette même esclave pour un prix supérieur au prix de la vente, payable à un terme plus éloigné que celui convenu dans la vente. Cela n'est pas valable, et voici l'explication de ce qui est répréhensible dans cette opération : Un homme a vendu une esclave dont le prix est payable à un certain terme; ensuite, il rachète la même esclave moyennant un prix payable à un terme plus éloigné que celui convenu lors de la première vente; [par exemple], il a vendu moyennant trente dinârs payables au bout d'un mois; ensuite, il rachète pour soixante dinârs payables au bout d'une année ou de six mois. Le résultat, c'est que, la marchandise elle-même lui revenant, son co-contractant lui a donné trente dinârs à un mois contre soixante dinârs à un an ou à six mois (2).

CHAPITRE 2

DE CE QUI EST RELATIF AU PÉCULE DE L'ESCLAVE

Mâlik, d'après Nâfi', d'après 'Abd Allah ibn 'Omar, rapporte que 'Omar ben El-Khaṭṭâb a dit : Un homme vend

(1) De son acheteur.

(2) L'opération ici décrite et consistant en une vente suivie de revente est un des procédés classiques pour tourner les prohibitions légales en matière d'usure. On comprend sans peine que Mâlik la condamne; il le fait d'ailleurs en l'analysant de façon très exacte.

un esclave possédant un pécule ; ce pécule reste au vendeur, à moins que l'acheteur ne l'ait stipulé pour lui (1).

Mâlik a dit : Chez nous, l'opinion universellement admise, c'est que, si l'acheteur stipule le pécule de l'esclave, ce pécule est pour lui, qu'il consiste en argent comptant, en créances ou en marchandises, que son montant soit connu ou non, même si l'esclave possède, en argent comptant, en créances ou en marchandises, une valeur supérieure à celle pour laquelle on l'a acheté. La preuve en est que le maître ne paye pas l'aumône légale pour le pécule de son esclave ; que si l'esclave a dans son pécule une femme esclave, celle-ci est licite pour lui, parce qu'il en est propriétaire ; que si l'esclave est affranchi purement et simplement ou contractuellement, son pécule le suit ; et que, s'il tombe en déconfiture, ses créanciers prennent son pécule et ne poursuivent nullement son maître à raison de sa dette (2).

---

(1) La validité de cette stipulation n'est point admise par tous. Les Hanéfites, en particulier, ne l'admettent point. Cette controverse se rattache à une autre, plus générale, sur la nature du pécule. Dans notre *Livre des Ventes* d'El-Bokhâri, p. 169, n. 2, nous avons expliqué pourquoi ceux qui considèrent le maître comme propriétaire du pécule n'admettent point la stipulation du pécule par l'acheteur, stipulation qu'ils considèrent comme usuraire. Ceux qui estiment que l'esclave est propriétaire de son pécule, au moins sous condition résolutoire, admettent, au contraire, que cette stipulation est licite. C'est pourquoi Mâlik, qui partage cette façon de voir, s'attache, dans ce chapitre, à prouver, par divers arguments, que l'esclave est bien propriétaire de son pécule.

(2) En droit musulman, on le voit, les créanciers de l'esclave le poursuivent directement, à la différence du droit romain, où, dans ce cas, ils poursuivent le maître par l'action *de peculio*.

CHAPITRE 3

DE LA RESPONSABILITÉ

Mâlik, d'après 'Abd Allah ben Abou Bekr ben Mohammed ben 'Amr ben Ḥazm, [rapporte] qu'Âbân ben 'Otsmân et Hichâm ben Ismâ'îl mentionnaient, dans leurs sermons, la responsabilité du vendeur durant les trois jours (1) *qui suivent la vente d'un esclave, homme ou femme, et la responsabilité annale* (2).

Mâlik a dit : L'accident qui survient à l'esclave, homme ou femme, dans les trois jours qui suivent la vente et avant l'expiration de ces trois jours, est à la charge du vendeur (3). La responsabilité annale n'existe que pour la folie, l'éléphantiasis et la lèpre ; à l'expiration de l'année, le vendeur est libéré de toute responsabilité (4). Si un homme, faisant ou non partie des héritiers (5), vend

(1) عهدة الرقيق في الايام الثلاثة.

(2) عهدة السنة.

(3) On voit que, pour les vices cachés, la responsabilité du vendeur ne durait, en principe, qu'un temps très bref. Seuls, quelques vices donnaient exceptionnellement ouverture à la responsabilité annale, dont il va être parlé.

(4) Il résulte des commentaires qu'à Médine, il n'était pas nécessaire d'une clause expresse pour donner naissance à la responsabilité des trois jours ou à la responsabilité annale. Elles étaient, en effet, consacrées par la coutume. Mais ailleurs, en Égypte notamment, il n'en était pas ainsi ; il n'y avait d'obligation de garantie que si l'acheteur la stipulait expressément.

(5) Le plus souvent, la clause de non-garantie devait être stipulée par l'héritier qui, venant de recueillir une succession, vendait un esclave trouvé dans cette succession et dont il ne pouvait que difficilement connaître les vices. Mais Mâlik veut marquer que cette circonstance n'est point indispensable et que tout vendeur pouvait vendre sans garantie.

un esclave, homme ou femme, sans garantie, il n'est tenu d'aucun vice et il n'encourt aucune responsabilité, à moins qu'il n'ait connu le vice et l'ait caché. S'il a connu le vice et l'a caché, il ne peut se prévaloir d'aucune clause de non-garantie et, dans ce cas, la vente est résoluble. Chez nous, la responsabilité n'est admise que dans les ventes d'esclaves (1).

CHAPITRE 4

DES VICES CHEZ LES ESCLAVES

Mâlik, d'après Iaḥîa ben Sa'îd, d'après Sâlim ben 'Abd Allah, rapporte que 'Abd Allah ben 'Omar vendit un sien esclave pour huit cents dirhems et le vendit sans garantie. Celui qui l'acheta dit à 'Abd Allah ben 'Omar : « L'esclave a une maladie que tu ne m'as pas déclarée. » Ils portèrent leur différend devant 'Otsmân ben 'Affân. L'acheteur dit : « Ibn 'Omar m'a vendu un esclave et il a une maladie qu'il ne m'a pas déclarée. » — 'Abd Allah dit : « Je l'ai vendu sans garantie. » 'Otsmân jugea que 'Abd Allah ben 'Omar

(1) Il convient d'ajouter au texte : « et dans celles d'animaux ; » argument tiré du premier alinéa de la p. 12. — Ce chapitre est d'une haute importance historique. Il nous montre que l'obligation de garantie ne s'est développée que peu à peu dans le droit musulman. Au temps de Mâlik, la coutume de Médine ne l'admet que dans les ventes d'esclaves et d'animaux ; et, dans la plupart des cas, la responsabilité du vendeur ne dure que trois jours. Ailleurs, sa responsabilité ne résultait que d'une clause expresse. Il y a là une bien curieuse analogie avec le droit romain, où l'obligation de garantie a été d'abord conventionnelle avant d'être légale et où elle est apparue d'abord, comme dans le droit musulman, pour les ventes d'esclaves et d'animaux.

devrait jurer qu'il avait vendu l'esclave sans le savoir atteint de maladie. 'Abd Allah refusa de jurer et reprit l'esclave, qui guérit chez lui. 'Abd Allah le vendit ensuite pour quinze cents dirhems (1).

Mâlik a dit : On admet unanimement parmi nous la solution suivante : Un individu achète une femme esclave qu'il rend enceinte ou un esclave qu'il affranchit ; ou bien un événement quelconque survient qui rend la restitution de cet esclave impossible (2). Il est alors prouvé que cet esclave était atteint d'un vice quand il était encore entre les mains du vendeur, ou bien ce fait est établi par l'aveu de ce vendeur ou autrement. Dans ce cas, l'esclave (homme ou femme) est estimé, et on estime également le vice dont il était atteint au jour de la vente. Puis, [le vendeur] rend [à l'acheteur] une part du prix égale à la différence entre la valeur qu'aurait eue cet esclave, s'il avait été sain, et celle qu'il a, étant atteint de ce vice (3).

On admet unanimement parmi nous la solution suivante : Un individu achète un esclave auquel on découvre un vice de nature à entraîner la résolution de la vente, après qu'un autre vice, postérieur à la vente,

(1) La règle que Mâlik entend tirer de ce récit est la suivante : On peut vendre un esclave sans garantie, pourvu qu'il n'y ait pas de dol de la part du vendeur. Si ce dernier connaissait l'existence du vice au moment de la vente, c'est en vain qu'il stipulerait la non-garantie ; il n'en resterait pas moins tenu vis-à-vis de son acheteur. Cf. le chapitre précédent, où ce principe est déjà formulé.

(2) Juridiquement ou matériellement.

(3) Pour Mâlik, on le voit, l'*actio quanti minoris* est subsidiaire, et peut recourir qu'autant que la restitution de l'esclave est devenue impossible.

s'est déclaré en lui. A supposer que ce dernier vice soit rédhibitoire, comme l'amputation d'un membre, la perte d'un œil ou autres cas analogues, l'acheteur peut choisir entre ces deux partis : Ou bien il fera diminuer le prix de l'esclave jusqu'à concurrence de la moins-value qui résulte du vice existant au jour de la vente (1) ; ou bien il payera [au vendeur] une somme égale à la diminution de valeur qui résulte du vice [nouveau] (2), et rendra l'esclave à ce vendeur (3). C'est à l'acheteur qu'appartient l'option entre ces deux partis.

Si l'esclave vient à mourir chez l'acheteur (4), on procède à l'estimation de l'esclave en tenant compte du vice dont il était atteint au jour de la vente : ainsi apparaît la valeur [véritable] de l'esclave. Si, [par exemple], l'esclave sans vice valait, au jour de la vente, 100 dinârs, et, avec son vice, 80 dinârs, l'acheteur a droit à la différence entre les deux estimations. Et c'est toujours au moment de la vente qu'il faut se placer pour faire l'estimation (5).

On admet unanimement parmi nous la solution suivante : Un acheteur fait résoudre la vente d'une esclave à raison d'un vice qu'il découvre en elle, après avoir eu des rapports avec elle. Si cette esclave était vierge, l'acheteur doit compte au vendeur de la diminution de valeur [résultant de sa défloration] ; si elle était femme, il ne doit

(1) Il faut sous-entendre : et il gardera cet esclave.

(2) Il convient de suppléer ce mot, avec Ez-Zourqâni.

(3) Qui, bien entendu, restituera le prix.

(4) Ce qui rend impossible la résolution et ne permet plus que l'exercice de l'*actio quanti minoris*.

(5) Après la vente, en effet, les risques sont pour l'acheteur ; il n'y a donc pas à tenir compte des augmentations ou des diminutions de valeur survenues depuis lors.

rien à raison des rapports qu'il a eus avec elle, parce qu'elle était à ses risques (1).

On admet unanimement, parmi nous, la solution suivante : Quand un homme, faisant ou non partie des héritiers (2), vend un esclave (homme ou femme) ou des animaux sans garantie, il n'est tenu d'aucun vice, à moins qu'il n'ait connu l'existence d'un vice qu'il a dissimulé. S'il connaissait un vice qu'il a dissimulé, il n'est point exempt de la garantie et la vente peut être résolue contre lui (3).

Mâlik a envisagé l'hypothèse suivante : Une femme esclave est vendue moyennant deux femmes esclaves. Ensuite, l'acquéreur des deux esclaves trouve en l'une d'elles un vice rédhibitoire. Et voici ce que Mâlik décide : On estimera l'esclave dont le prix consistait dans les deux esclaves, pour faire apparaître sa valeur véritable. Ensuite, on estimera les deux esclaves, abstraction faite du vice qui se trouve en l'une d'elles ; on les estime en les considérant toutes les deux comme saines et indemnes. Ensuite, on répartit la valeur de l'esclave échangée contre les deux sur chacune de ces deux, proportionnellement à leur valeur respective, de telle sorte que la part assignée sur celle des deux qui a le plus de valeur soit plus grande, à proportion de son plus de valeur, et que la part assignée sur l'autre soit [également] proportionnelle à sa valeur. Ensuite, on

(1) لانه كان ضامنًا لها, dit le texte. De ce que la femme esclave était à ses risques, l'acheteur a pu en jouir sans devoir aucune indemnité lors de la résolution de la vente, parce que, dit Ez-Zourqâni, اصابة الثيب من الخفيف.

(2) Cf. plus haut, p. 8, n. 5.

(3) La clause de non-garantie ne peut servir à légitimer un dol. Cf. le hadits placé en tête de ce chapitre et la n. 1 de la p. 10.

considère celle qui est atteinte du vice (1). Alors [l'acquéreur de l'esclave unique] restituera, proportionnellement à la part assignée sur l'esclave atteinte du vice, une certaine quantité de cette part, qu'elle soit [plus] grande ou [plus] petite [que la moins-value provenant du vice] (2). La valeur des deux esclaves, sur laquelle se calcule sa responsabilité, est seulement celle qu'elles avaient au jour où il en a pris livraison.

Mâlik a dit : Un homme achète un esclave qu'il loue moyennant un loyer considérable ou un salaire minime. Ensuite, cet homme découvre en lui un vice rédhibitoire : il rendra l'esclave avec son vice et conservera le loyer ou

(1) C'est-à-dire, pensons-nous, qu'on procède à l'estimation de la diminution de valeur qui résulte pour elle de ce vice.

(2) Pour compliqué que ce système paraisse au premier abord, il est fort élégant et aboutit à ceci : Quand l'acquéreur des deux esclaves dont l'une a un vice exercera l'*actio quanti minoris,* il n'obtiendra pas nécessairement une restitution égale au montant de la dépréciation qui résulte du vice ; il obtiendra plus ou moins, selon que l'estimation des deux esclaves qui font l'objet d'une prestation se trouvera inférieure ou supérieure à l'estimation de l'esclave unique qui fait l'objet de l'autre. Éclairons ceci par un exemple : L'esclave unique est estimée 400, les deux autres, respectivement 300 et 200 ; répartissons la valeur de l'esclave unique sur les deux, proportionnellement à leur valeur respective, ce qui revient à partager 400 dans le rapport $\frac{3}{2}$; on trouve que 240 sont assignés sur celle qui vaut 300 et 160 sur celle qui vaut 200. Supposons maintenant qu'une des deux esclaves ait un vice qui diminue sa valeur de 50. On attribuera à l'ayant droit une somme qui sera avec 50 dans le rapport de 240 à 300, soit : $\frac{50 \times 240}{300} = \frac{50 \times 4}{5} = 40$. Si, au contraire, l'esclave unique est estimée 400, alors que les deux sont estimées respectivement 200 et 100, et si l'importance du vice est, comme précédemment, de 50, l'ayant droit obtiendra $\frac{50 \times 4}{3} = 66{,}66$. Il est, en effet, équitable que l'indemnité due à raison du vice varie proportionnellement à la valeur subjective que les parties ont attribuée, dans leur échange, à l'esclave qui en est atteinte.

le salaire. Telle est la solution unanimement admise dans notre ville. Les choses se passent comme au cas où un homme achète un esclave qui lui bâtit une maison dont le prix de construction est deux fois supérieur à la valeur de cet esclave. Si, ensuite, l'acheteur trouve à celui-ci un vice rédhibitoire, il le rend et n'est tenu d'aucun salaire à raison du travail effectué. De même, si l'acheteur a reçu un salaire d'un tiers, ce salaire lui est acquis, parce que l'esclave était à ses risques. Tel est l'usage parmi nous (1).

L'usage, parmi nous, est le suivant : Un homme achète une troupe d'esclaves par une convention unique. Puis, parmi ces esclaves, on en découvre un qui a été volé ou qui est atteint d'un vice. On examinera si l'esclave volé ou atteint d'un vice est le meilleur de la troupe ; ou si c'est lui qui a le plus de valeur ; ou si c'est à cause de lui qu'on a acheté les autres ; ou si c'est en lui que réside la qualité que l'acheteur avait en vue. S'il en est ainsi, la vente sera résolue pour le tout. Dans le cas contraire (2), l'acheteur rendra simplement l'esclave volé ou atteint de vice pour sa valeur, calculée proportionnellement au prix payé pour la troupe tout entière.

---

(1) Cet usage est conforme à un hadits rapporté par 'Aïcha et qui figure dans Abou Dâwoud (III, p. 201 de l'édition en marge d'Ez-Zourqâni, Le Caire, 1310) : « Un homme acheta un esclave qui resta près de lui le temps qu'il plût à Dieu. Ensuite, son maître lui découvrit un vice et porta sa réclamation devant le Prophète. Il fut autorisé à rendre l'esclave à son adversaire. Celui-ci dit alors : « Mais il a loué « mon esclave. » — « Le loyer est pour celui qui a les risques, » répondit le Prophète. »

(2) Nous prenons ici quelque liberté avec le texte, pour le rendre moins lourd et plus concis.

CHAPITRE 5

DE CE QU'ON FERA AVEC LA FEMME ESCLAVE QUAND ELLE A ÉTÉ VENDUE SOUS [CERTAINES] CONDITIONS STIPULÉES EN FAVEUR DU VENDEUR.

Mâlik rapporte, d'après Chihâb, d'après 'Obaïd Allah ben 'Abd Allah ben 'Otba ben Mas'oûd, que 'Abd Allah ben Mas'oûd acheta une femme esclave de son épouse Zaïnab Ets-Tsaqafîa. Cette dernière stipula de son mari : « Si tu la vends, elle me reviendra moyennant le prix pour lequel tu l'as achetée. » 'Abd Allah ben Mas'oûd interrogea à ce sujet 'Omar ben El-Khaṭṭâb, qui lui dit : « Abstiens-toi de rapports sexuels avec cette esclave, puisque la vente est affectée d'une condition en faveur de quelqu'un. »

Mâlik rapporte, d'après Nâfi', que 'Abd Allah ben 'Omar disait : « Qu'un homme n'ait point de rapports avec son esclave, à moins que ce ne soit une esclave qu'il puisse vendre, s'il le veut ; qu'il puisse donner, s'il le veut ; qu'il puisse conserver, s'il le veut ; et dont il puisse faire ce qu'il veut. »

Mâlik a dit : Celui qui achète une esclave sous la condition qu'il ne la vendra pas, ou qu'il ne la donnera pas, ou sous une condition de ce genre, ne doit pas avoir de rapports avec elle. Il ne lui est pas permis davantage de la vendre ni de la donner. Lorsqu'il n'en est pas devenu propriétaire à ce point de vue, il n'a point sur elle une propriété absolue, certains de ses éléments ayant été exceptés de la vente et réservés à un autre. Si une stipu-

lation de ce genre est introduite [dans une vente], elle n'est pas valable et cela constitue une vente interdite (1).

Mâlik a dit : Si quelqu'un, après avoir acheté une esclave en consentant à la clause dont il vient d'être question, a des rapports avec elle et la rend enceinte, le vendeur a droit à sa valeur au jour de la vente, et l'esclave devient, dès lors, licite pour son acquéreur (2).

CHAPITRE 6

DE LA DÉFENSE POUR L'ACQUÉREUR D'AVOIR DES RAPPORTS AVEC UNE ESCLAVE QUI A UN MARI

Mâlik, d'après Ibn Chihâb, rapporte que 'Abd Allah ben 'Âmir offrit en présent à 'Otsmân ben 'Affân une esclave qui avait un mari, esclave que ['Abd Allah] avait achetée à Bassora. 'Otsmân dit : « Je n'aurai pas de rapports avec elle jusqu'à ce que son mari la répudie. » Ibn 'Âmir fit consentir celui-ci à la répudiation.

(1) وكان بيعا مكروها. Remarquons ici, une fois pour toutes, que, dans la langue de Mâlik, مكروه et حرام paraissent synonymes. En tout cas, Ez-Zourqâni, dans son commentaire, interprète constamment مكروه dans le sens de حرام.

(2) Dans cette hypothèse, l'esclave ne pouvant être rendue dans l'état où elle était, l'acheteur devra la conserver et payer des dommages-intérêts égaux à sa valeur au jour de la vente. Pour Mâlik, on le voit, une condition illicite introduite dans une vente entraîne la nullité de cette vente, conformément à ce qu'admet notre droit. Cette solution n'est point celle de tous les anciens docteurs musulmans. El-Bokhâri paraît enseigner que la condition illicite est effacée du contrat, qui demeure valable. Cf. PELTIER, *Le Livre des Ventes* d'El-Bokhâri, ch. 73, p. 138 et s.

Mâlik, d'après Ibn Chihâb, d'après Abou Salama ben 'Abd Er-Raḥmân ben 'Aoûf, rapporte que 'Abd Er-Raḥmân ben 'Aoûf acheta une esclave. Il trouva qu'elle avait un mari. Il la rendit (1).

CHAPITRE 7

CHAPITRE RELATIF AUX FRUITS D'UN BIEN DONT ON VEND LE FONDS

Mâlik, d'après Nâfi', d'après 'Abd Allah ben 'Omar, rapporte que l'Envoyé de Dieu a dit : « Si l'on vend un palmier déjà fécondé, les fruits sont pour le vendeur, à moins que l'acheteur ne les ait stipulés [*pour lui*] (2). »

---

(1) Le fait, pour une esclave, d'être mariée constitue un vice donnant, on le voit, ouverture à la résolution de la vente.

(2) Ce hadits figure dans El-Bokhâri, *L. des V.*, ch. 90 et 92 ; dans Moslim, t. VI, p. ٤٩١. L'on sait que les docteurs ne sont point d'accord sur l'interprétation de ce hadits et qu'Abou Ḥanifa professe, en ces matières, des opinions qui paraissent peu naturelles. Cf., à ce sujet, PELTIER, *L. des V.* d'El-Bokhâri, examen du ch. XC, p. 168 et s. (en particulier, p. 168, n. 1, et p. 169, n. 1). La doctrine malékite peut se résumer ainsi : Tandis que, conformément aux termes du hadits d'Ibn 'Omar, les fruits d'un palmier déjà fécondé au moment de la vente sont pour le vendeur, ceux d'un palmier non déjà fécondé sont pour l'acheteur. On peut d'ailleurs très valablement convenir que les fruits du palmier fécondé seront pour l'acheteur. Au contraire, la convention par laquelle le vendeur se réserverait les fruits d'un palmier non fécondé, admise par les Chaféites, est tenue pour illicite par les Malékites. (Cf. *L. des V.* d'El-Bokhâri, p. 170, n. 2.)

CHAPITRE 8

DE LA DÉFENSE DE VENDRE DES FRUITS JUSQU'À CE QU'ON PUISSE CONSTATER QU'ILS SONT UTILISABLES

Mâlik rapporte, d'après Nâfi', d'après Ibn 'Omar, que l'Envoyé de Dieu a défendu de vendre les fruits jusqu'à ce qu'on puisse constater qu'ils sont utilisables. La défense s'applique au vendeur et à l'acheteur (1).

Mâlik rapporte, d'après Ḥomaïd Eṭ-Ṭaouîl, d'après Ânas ben Mâlik, que l'Envoyé de Dieu a défendu de vendre les fruits [*du palmier*] *jusqu'à ce qu'ils soient devenus rouges* (حتى تزهى). *On lui demanda : « O Envoyé de Dieu, que signifie le mot* تزهى *? » Il répondit : « Devenir rouge* (تحمر). *» Et l'Envoyé de Dieu ajouta : « N'es-tu pas d'avis que, si Dieu empêchait les fruits* [*de mûrir*], *l'un de vous prendrait* [*sans cause*] *le bien de son frère ?* (2). »

Mâlik rapporte, d'après Abou Er-Ridjâl Moḥammed ben 'Abd Er-Raḥmân ben Ḥâritsa, d'après sa mère 'Amra bent 'Abd Er-Raḥmân, que l'Envoyé de Dieu a défendu la vente des fruits jusqu'à ce qu'ils soient hors de danger (3).

Mâlik a dit : La vente des fruits avant que leur utilité puisse être constatée est une vente aléatoire.

(1) Cf. El-Bokhâri, *L. des V.*, ch. 85, h. 1; Moslim, t. ٧١, p. ٤٧٣.

(2) Cf. El-Bokhâri, *ibid.*, ch. 86 et 87 ; Moslim, *ibid.*, p. ٤٧٤, ٤٧٥.

(3) D'après les commentateurs, ils sont hors de danger après le lever des Pléiades. Ce hadits ne figure ni dans El-Bokhâri, ni dans Moslim.

Mâlik rapporte, d'après Abou Ez-Zinâd, d'après Khâridja ben Zaïd ben Tsâbit, que Zaïd ne vendait pas ses fruits avant le lever des Pléiades (1).

Mâlik a dit : Voici l'usage suivi, parmi nous, pour la vente des melons, des concombres, des courges et des carottes : La vente faite quand leur utilité peut être constatée est permise et valable. L'acheteur a droit à tout ce qui pousse, jusqu'à ce que les fruits viennent à cesser et les plantes à périr. Il n'y a pas pour cela de moment préfixé, mais les gens savent bien quand ce moment arrive. Il se peut que la maladie tombe sur ces plantes et que la production s'arrête avant ce moment. Si le dommage causé par cette maladie atteint le tiers [de la récolte], l'acheteur a droit à une diminution de prix (2).

CHAPITRE 9

DE LA VENTE DE LA ʻARIYYA (3)

Mâlik rapporte, d'après Nâfiʻ, d'après ʻAbd Allah ben ʻOmar, d'après Zaïd ben Tsâbit, que l'Envoyé de Dieu a toléré que le propriétaire de la ʻariyya la vendît pour sa valeur en dattes cueillies, mesurées (4).

(1) Cf. El-Bokhâri, *L. des V.*, ch. 85, rubr.

(2) Ceci n'est que l'application, particulière à certains fruits, d'une règle générale que nous retrouverons plus bas, ch. 10.

(3) Sur la ʻariyya, cf. Arin, *Recherches hist. sur les opér. usur. et aléat. en dr. musulm.*, p. 96 et s. ; Peltier, *Le Livre des Ventes* du Çaḥiḥ d'El-Bokhâri, examen des ch. 82, 83 et 84, p. 156 et s.

(4) Cf. El-Bokhâri, *L. des V.*, ch. 75, h. 2, *in fine*, et ch. 82, h. 5 ; Moslim, t. vi, p. ٤٨٣.

Mâlik rapporte, d'après Dâwoud ben El-Ḥoṣaïn, d'après Abou Sofiân, affranchi d'Ibn Abou Âḥmed, d'après Abou Horaïra, que l'Envoyé de Dieu a toléré la vente de la 'ariyya, moyennant son estimation, pour moins de cinq charges ou jusqu'à concurrence de cinq charges (Dâwoud hésite entre ces deux expressions) (1). [*Son professeur Abou Sofiân*] *a dit : « Pour cinq charges ou moins de cinq charges* (2). »

Mâlik a dit : On ne vendra la 'ariyya que pour son estimation approximative en dattes [cueillies et mesurées] (3) et l'on procédera, aussi équitablement que possible, en estimant les fruits qui sont sur les têtes de palmiers.

Cette opération est tolérée seulement pour la raison qui fait tolérer la cession d'achat, la résiliation et l'association [dans un marché] (4). Si ces [trois conventions] prenaient

(1) Sur la controverse qui est résultée de cette hésitation, cf. Arin, *loc. cit.*, p. 100-101.

(2) Cf. le h. 2 du ch. 83 d'El-Bokhâri, *loc. cit.*

(3) La 'ariyya, on le sait, c'est la récolte à venir d'un ou de deux palmiers déterminés, donnée à quelqu'un, habituellement à un pauvre, par le propriétaire des arbres. Quand les dattes de l'arbre donné en 'ariyya seront mûres, le donataire aura le droit de venir les cueillir dans la palmeraie du donateur. D'après les principes, le donataire de la 'ariyya ne devrait pas pouvoir l'échanger contre des dattes cueillies : on sait, en effet, que l'opération appelée mouzâbana, qui consiste à échanger des fruits pendants par branches contre des fruits cueillis de même espèce, est défendue en thèse générale. Mais, pour des raisons que nous avons indiquées (*L. des V.* d'El-Bokhâri, p. 158), on tolère l'échange de la 'ariyya pour son estimation en dattes cueillies (بخرصها), au moins jusqu'à concurrence de cinq charges.

(4) La cession [d'achat] (تولية), la résiliation (إقالة) et l'association [dans un marché] (شرك) sont des opérations que Mâlik étudie plus bas tout au long (ch. 41), et dont il parle dans beaucoup d'autres

le caractère de [re]ventes (1), on ne pourrait pas associer un autre dans un comestible avant d'en avoir reçu livraison, ni convenir d'une résiliation avec son vendeur, ni céder son marché à un tiers avant d'avoir pris possession (2).

---

passages, relativement auxquels nous aurons à déterminer leur nature. Qu'il nous suffise de dire ici que, parfois, ces opérations sont permises dans des cas où une revente serait impossible. Par exemple, on ne peut revendre un comestible dont on n'a pas encore pris livraison, tandis qu'on peut, relativement à lui, faire une تولية, une إقالة ou un شرك. La raison de cette différence, c'est que la revente est un contrat de spéculation, tandis que nos trois opérations sont essentiellement des contrats de bienfaisance. C'est pour la même raison que la mouzâbana, contrat de spéculation, est interdite, tandis que la vente de la ʻariyya, qui est un contrat de libéralité, est permise. Que telle soit bien la pensée de Mâlik, cela résulte, à l'évidence, du rapprochement de notre passage avec un autre que nous trouverons plus bas, au ch. 23, et où on lit : « ... Si la vente d'un comestible avant d'en avoir » pris livraison est interdite, ... les savants s'accordent, au contraire, » à permettre le شرك, la تولية et l'إقالة relativement à un comes- » tible ou à autre chose. Les savants considèrent que ces opérations » ont le caractère d'un contrat de bienfaisance, et non le caractère » d'une vente... Dans le même ordre d'idées, l'Envoyé de Dieu, qui a » défendu la mouzâbana, a toléré la vente des ʻariyya, moyennant leur » estimation approximative en dattes sèches. Et la seule différence » qu'il y ait entre la mouzâbana et la vente des ʻariyya, c'est que la » première a un caractère de spéculation commerciale, tandis que la » seconde est un contrat de bienfaisance. »

Le commentaire d'Ez-Zourqâni, sous notre passage, marque bien quel est le point de vue de Mâlik. On y lit, en effet :

... وكل من الثلاثة معروف فكذا العرية تجوز للمعروف

(1) Dans lesquelles les parties ont en vue la spéculation.

(2) Parce que, comme nous l'avons indiqué dans la n. 4 de la page précédente, il est interdit de spéculer sur une denrée alimentaire dont on n'a pas encore pris livraison.

CHAPITRE 10

DE LA CALAMITÉ QUI SURVIENT A UNE RÉCOLTE DE FRUITS OU DE CÉRÉALES QUI A FAIT L'OBJET D'UNE VENTE (1)

Mâlik rapporte qu'Abou Er-Ridjâl Moḥammed ben 'Abd Er-Raḥmân a entendu sa mère, 'Amra bent 'Abd Er-Raḥmân, dire : « Au temps de l'Envoyé de Dieu, un homme acheta les fruits d'un jardin. Il le travailla et le soigna jusqu'à l'instant où il eut la certitude d'une lésion. Il demanda alors au propriétaire du jardin de lui consentir une diminution de prix ou de résilier le marché. Ce dernier jura qu'il n'en ferait rien. La mère de l'acheteur alla trouver l'Envoyé de Dieu et lui exposa la situation. L'Envoyé de Dieu dit alors : « Il a juré de ne pas faire une chose bonne. » Le maître du jardin fut averti de ce propos. Il alla trouver l'Envoyé de Dieu et dit : « O Envoyé de Dieu, voici pour lui ! (2). »

Mâlik rapporte qu'il lui est parvenu que 'Omar ben 'Abd El-'Azîz jugea [qu'il y avait lieu à] diminution [du prix], à raison de la calamité [survenue à la récolte].

(1) L'hypothèse envisagée ici est la même que celle déjà examinée, relativement à certains fruits, à la fin du ch. 8. On suppose qu'une récolte pendante par branches ou par racines a été vendue (après que son utilité s'est manifestée, sans quoi la vente serait nulle). Une maladie se déclare qui diminue cette récolte. Mâlik décide que l'acheteur a droit à une diminution de prix, pourvu que sa lésion soit au moins du tiers.

(2) Ez-Zourqâni cite dans son commentaire un hadits prochement apparenté à celui-ci, qui figure dans les deux Çaḥiḥ.

Mâlik a dit : L'usage sur ce point est, parmi nous, le suivant : La calamité qui donne ouverture à réduction du prix pour l'acheteur [doit] être du tiers [de la récolte] ou de plus. Il n'y a pas calamité pour moins que cela (1).

CHAPITRE 11

QU'EST-IL PERMIS DE SE RÉSERVER DANS LA VENTE D'UNE RÉCOLTE ?

Mâlik, d'après Rabî'a ben Abou 'Abd Er-Raḥmân, rapporte qu'El-Qâsim ben Moḥammed avait l'habitude de vendre les fruits de son jardin en s'en réservant une partie.

Mâlik, d'après 'Abd Allah ben Abou Bekr, rapporte que le grand-père de ce dernier, Moḥammed ben 'Amr ben Ḥazm, vendit les dattes d'un jardin, appelé El-Afrâq, qui lui appartenait, moyennant quatre mille dirhems, et se réserva pour huit cents dirhems de dattes.

Mâlik rapporte, d'après Abou Er-Ridjâl Moḥammed ben 'Abd Er-Raḥmân ben Ḥâritsa, que la mère de celui-çi, 'Amra bent 'Abd Er-Raḥmân, vendait ses fruits en s'en réservant une partie (2).

Mâlik a dit : L'usage unanimement admis parmi nous est le suivant : Si un homme, en vendant les fruits de son

(1) C'est-à-dire qu'on ne tient pas compte d'une lésion moindre.

(2) Ces traditions et la matière même de l'إستثناء sont étrangères aux deux Çaḥiḥ.

jardin, s'en réserve ce qui est compris entre la totalité et le tiers, la convention ne vaudra que pour un tiers (1); s'il s'en réserve moins du tiers, il n'y a pas de mal à cela (2). Quant à l'homme qui vend les fruits de son jardin en se réservant les fruits d'un ou de plusieurs palmiers, qu'il choisit et dont il fixe le nombre, je ne vois pas de mal à cela. Le propriétaire ne fait alors autre chose que se réserver les fruits d'une portion de jardin déterminée; il interdit à son acheteur cette portion de son jardin et la conserve pour lui sans la vendre. Il n'a vendu de son jardin que ce qui n'est pas cette chose (3).

CHAPITRE 12

CE QUI EST RÉPROUVÉ DANS LA VENTE DES FRUITS

Mâlik rapporte, d'après Zaïd ben Âslam, d'après 'Aṭâ ben Yasâr, que l'Envoyé de Dieu a dit : « Les fruits contre les fruits, à égalité. » Quelqu'un lui dit : « Ton intendant

(1) لا يجاوز ذلك; c'est-à-dire, croyons-nous, que la portion que pourra retenir le vendeur ne dépassera pas le tiers; le pronom ذلك représente les mots ثلث الثمر, qui précèdent immédiatement le passage cité dans cette note.

(2) Si un homme vend la récolte de son jardin, il ne peut, on le voit, se réserver qu'une part des fruits inférieure à un tiers. Il semble que cette règle est en connexion assez étroite avec celle formulée au chapitre précédent, et d'après laquelle l'acheteur d'une récolte n'a droit à une indemnité que s'il subit une lésion au moins égale au tiers.

(3) Dans cette hypothèse, très différente de la précédente, on pourra, bien entendu, se réserver plus du tiers du jardin.

à Khaïbar prend un ṣâ‘ (1) contre deux ṣâ‘ (2). » L'Envoyé de Dieu dit : « Qu'on me l'amène ! » On le lui amena. L'Envoyé de Dieu lui dit : « Est-ce que tu prends un ṣâ‘ contre deux ṣâ‘ ? » L'intendant dit : « O Envoyé de Dieu, ils ne me vendraient pas de dattes « djanîb » contre des dattes « djam‘ », à raison d'un ṣâ‘ contre un ṣâ‘. » L'Envoyé de Dieu dit : « Vends les dattes « djam‘ » pour de l'argent ; ensuite, achète avec l'argent les dattes « djanîb ».

Mâlik rapporte, d'après ‘Abd El-Ḥamid, Ibn Sahîl, Ibn ‘Abd Er-Raḥmân ben ‘Aouf, d'après Sa‘îd ben El-Mosayyib, d'après Abou Sa‘îd El-Khodry et d'après Abou Horaïra, que l'Envoyé de Dieu préposa un intendant sur la terre de Khaïbar. Celui-ci lui apporta des dattes « djanîb ». L'Envoyé de Dieu lui dit : « Est-ce que toutes les dattes de Khaïbar sont comme celles-ci ? » — L'intendant répondit : « Non, par Dieu, ô Envoyé de Dieu, nous prenons un ṣâ‘ de ces dattes pour deux ṣâ‘ [de dattes communes] ou deux ṣâ‘ pour trois ṣâ‘. » L'Envoyé de Dieu dit : « Ne fais pas cela. Vends les « djam‘ » pour de l'argent ; ensuite, achète les « djanîb » avec cet argent (3). »

Mâlik rapporte, d'après ‘Abd Allah ben Yazîd, que Zaïd Abou ‘Aïâch informa ‘Abd Allah qu'il avait interrogé Sa‘d ben Abou Ouaqqâṣ au sujet de l'échange de l'orge (4) contre le

(1) De dattes djanîb ; cf. plus bas.

(2) De dattes djam‘, c'est-à-dire dattes mélangées.

(3) Les deux hadits qu'on vient de lire se trouvent, avec quelques variantes d'isnâd et de texte, dans El-Bokhâri, *L. des V.*, ch. 20, ch. 83, h. 3 ; dans Moslim, t. vii, p. ٢١ et s. Cf. d'autres hadits prochement apparentés, cités par Arin, *loc. cit.*, p. 76-77.

(4) Le mot employé est البيضا, donné par les commentateurs comme étant ici synonyme de الشعير.

« soult » (1). *Sa'd lui demanda : « Une [de ces deux denrées] est-elle plus avantageuse que l'autre ?* (2). *» — « L'orge, » dit Zaïd. Sa'd répondit alors à la consultation demandée par Zaïd, en lui interdisant [l'échange à inégalité de ces deux denrées]* (3) *et lui dit* (4) *: « J'ai entendu l'Envoyé de Dieu, interrogé au sujet de l'échange des dattes [sèches] contre des dattes fraîches, dire : « Est-ce que les dattes fraîches diminuent quand elles sèchent ? » — « Oui », lui répondit-on. [Pourtant], il interdit [de les échanger à inégalité]* (5). »

---

(1) Faute de savoir comment le traduire, nous laissons ce mot en arabe. D'après les commentateurs, c'est un grain qui tient le milieu entre le froment (حنطة) et l'orge (شعير). Sur le soult, cf. *Traité des Simples* d'Ibn El-Beïthar, II, p. 276.

(2) Ce qui signifie : plus avantageuse au mesurage, dont le volume réduise moins en vieillissant.

(3) Sur la nécessité de suppléer les mots entre crochets, cf. le commentaire d'Ez-Zourqâni.

(4) Comme argument pour justifier son avis.

(5) Le point de savoir si l'orge et le blé (ou le « soult ») constituent deux espèces distinctes ou une seule et peuvent, ou non, être échangés à inégalité, est controversé. Mâlik et son école considèrent les deux denrées comme constituant une seule espèce et ne pouvant, par suite, être échangées à inégalité. Le hadits qu'on vient de lire, et sur lequel Mâlik appuie son opinion, est à rapprocher de celui qu'on trouve dans Moslim (t. VII, p. ٢٠) et qui paraît consacrer une solution identique. Les autres docteurs, notamment les Chaféites, sont d'un avis contraire. Nous avons établi (cf., au *L. des V.* d'El-Bokhâri, p. 145, notre examen du ch. 76) qu'El-Bokhâri partage l'opinion des Chaféites. Aussi, ne trouve-t-on dans son recueil, ni le hadits rapporté ici par Mâlik, ni celui cité par Moslim, tous deux défavorables à sa manière de voir.

CHAPITRE 13

DE LA MOUZÂBANA ET DE LA MOUḤÂQALA (1)

Mâlik, d'après Nâfi', d'après 'Abd Allah ben 'Omar, rapporte que l'Envoyé de Dieu a défendu la mouzâbana. La mouzâbana, c'est la vente de fruits [frais, non cueillis] contre des dattes sèches, à la mesure, ou la vente de raisins frais contre des raisins secs, à la mesure (2).

Mâlik, d'après Dâwoud ben El-Ḥoṣaîn, d'après Abou Sofiân, affranchi d'Ibn Abou Âḥmed, d'après Abou Sa'îd El-Khodry, rapporte que l'Envoyé de Dieu a défendu la vente mouzâbana et la vente mouḥâqala. La mouzâbana, c'est l'achat de fruits contre des dattes encore sur les palmiers ; et la mouḥâqala, c'est la location de la terre, moyennant du froment (3).

Mâlik, d'après Ibn Chihâb, d'après Sa'îd ben El-Mosayyib, rapporte que l'Envoyé de Dieu a défendu la mouzâbana et la mouḥâqala. La mouzâbana, c'est l'achat de fruits [frais] contre des dattes [sèches]; et la mouḥâqala, c'est l'achat d'une récolte pendante contre du froment, ou la location de la terre contre le froment. — Ibn Chihâb a dit : « J'interrogeai Sa'îd ben Mosayyib au sujet de la

(1) Sur ces deux opérations, cf. Peltier, *L. des V.* d'El-Bokhâri, p. 151 et s. Le siège de la matière, dans Moslim, se trouve t. vi, p. ٤٩٤ .

(2) Cf. El-Bokhâri, *L. des V.*, ch. 75.

(3) Cf. El-Bokhâri, *ibid.*, ch. 82, h. 3. Dans El-Bokhâri, on ne trouve pas la définition, un peu surprenante au premier abord, donnée ici de la mouḥâqala. La mouḥâqala, c'est vendre une récolte de blé encore sur pied contre du blé à la mesure ; on comprend, dès lors, que l'opération puisse être envisagée comme la location du champ, moyennant du blé mesuré.

location de la terre, moyennant de l'or ou de l'argent. Il me dit : « Il n'y a pas de mal à cela. »

Mâlik a dit : L'Envoyé de Dieu a défendu la mouzâbana. La mouzâbana doit être ainsi définie : c'est la vente de toute chose en bloc, dont on ignore la mesure, le poids et le nombre, faite moyennant une chose [identique] déterminée dans sa mesure, ou son poids, ou son nombre. Il y aura donc mouzâbana, si un homme s'adresse à un autre qui possède une denrée alimentaire laissée en tas non mesuré, telle que : froment, dattes, etc., ou bien d'autres marchandises dont on ignore également la mesure, telles que des feuilles abattues (1), des noyaux de dattes (2), des qaḍb (3), du carthame (4), du coton, du lin ou de la soie grège, etc., en lui disant : « Mesure ta marchandise ou fais-la mesurer, ou pèse-la (si c'est une chose qui se pèse), ou compte-la (si c'est une chose qui se compte). Ce qui manquera pour arriver à tant de ṣâ' (dont l'homme fixe le nombre), ou bien à tant de riṭl, ou à tel nombre, sera à ma charge. Je te parferai le payement jusqu'à concurrence de la quotité indiquée par moi, et s'il y a plus que cette quotité, je profiterai de cet excédent. Car je m'engage à payer ce qui sera en moins, à condition que ce qui sera en plus, s'il y a quelque chose en plus, sera pour moi. » Une telle opération n'est pas une vente,

(1) Ces feuilles abattues, appelées خَبَط, servaient à l'alimentation des troupeaux.

(2) Les noyaux de dattes étaient et sont encore parfois utilisés pour l'alimentation des chameaux ; tellement que علفة est arrivé, dans le Sud algérien, à signifier noyau de datte.

(3) Le mot قَضْبَة (pl. قَضْب) désigne la luzerne, d'après Ibn El-Beïthar, *Traité des Simples*, III, p. 92.

(4) Plante tinctoriale, donnant une couleur jaune.

mais un contrat aléatoire, un pari. On y retrouve les caractères du jeu : l'homme, en effet, n'achète pas ici de son co-contractant une chose moyennant une chose déterminée, mais il s'engage à lui payer tant de mesures, tant de poids, tel nombre de choses qu'il a fixés, sous cette condition que l'excédent, s'il y en a un, sera pour lui. Si la marchandise se trouve inférieure à la quotité fixée, le propriétaire de cette marchandise prend, sans contre-partie, le bien de son acheteur qui n'a point eu pourtant l'intention de lui faire une donation de bon cœur. Cette opération ressemble donc au jeu, et l'on retrouve de même le caractère du jeu dans les opérations analogues [portant sur d'autres objets]. Il en est ainsi quand un homme dit à un autre qui possède une étoffe : « Je m'engage à te prendre cette étoffe pour la confection de tant et tant de dessus de qalansoûa (1) (dont cet homme fixe le nombre). Ce qui manquera de ton étoffe [pour cette confection] sera à ma charge et je te le payerai. Si, au contraire, il y a un excédent [d'étoffe], cet excédent sera pour moi (2). » Même chose, si un homme dit à un autre : « Je te prends cette étoffe pour tant et tant de chemises de telle et telle dimension. S'il manque [de l'étoffe], le risque en sera pour moi ; s'il y en a en trop, cet excédent sera pour moi. »

Même chose encore, si un homme dit à un autre qui possède des peaux de bœuf ou de chameau : « Coupe ces peaux pour en faire des chaussures (dont il lui donne le modèle).

(1) ظهارة قلنسوة. Le mot ظهارة s'oppose à بطانة ; البطانة, c'est la doublure d'un vêtement ; الظهارة en est le dessus. La qalansoûa est un haut bonnet. Cf. Dozy, *Noms des Vêtements,* p. 365 et s. et *Supplément aux Dictionnaires*, II, p. 401.

(2) Nous avons dû, dans tout ce passage, prendre quelques libertés avec le texte, qui est assez obscur. Nous espérons, grâce à ces libertés, avoir rendu compréhensible l'hypothèse envisagée par Mâlik.

S'il y manque de quoi confectionner une paire (1), j'en supporterai le risque. S'il y en a plus, cet excédent sera pour moi, moyennant le prix que je m'engage à te payer (2). »

Même chose enfin, si un homme dit à un autre qui possède des noix de muscade : « Pressure tes noix. Ce qui manquera pour faire tant et tant de riṭl (dont il indique le nombre) sera à ma charge et te sera payé. Ce qui excédera [ce nombre de riṭl] sera, au contraire, pour moi [sans augmentation du prix]. »

Toutes ces opérations et toutes celles qui s'en rapprochent constituent la mouzâbana et, à ce titre, ne sont ni valables ni permises.

Il en est de même également, si un homme dit à un autre qui possède des feuilles abattues, des noyaux de dattes, du coton, du lin, des qaḍb ou du carthame (3) : Je t'achète tes feuilles abattues (4) pour tant et tant de ṣâ' de feuilles abattues qui seront de même qualité que les tiennes; je t'achète tes noyaux de dattes pour tant et tant de ṣâ' de noyaux semblables (et ainsi de suite pour les autres denrées indiquées ici). Tout cela constitue ce que nous avons qualifié de mouzâbana.

---

(1) C'est-à-dire s'il y a une paire en moins du chiffre de chaussures stipulé. Dans les hypothèses précédentes, l'acheteur s'oblige à supporter tout l'aléa, c'est-à-dire à payer intégralement ce qu'il a promis, quelque considérable que soit le manquement. Ici, au contraire, l'acheteur restreint l'aléa et ne s'oblige à payer tout le prix que si le manquement ne dépasse pas une paire de chaussures.

(2) C'est-à-dire : sans augmentation de ce prix.

(3) Sur tous ces mots, cf., p. 23, les notes 1-4.

(4) Qui forment un tas non mesuré.

CHAPITRE 14

OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR LA VENTE DES FRUITS

Mâlik a dit : Si quelqu'un achète des fruits de palmiers déterminés, ou d'un jardin déterminé, ou bien du lait d'un troupeau déterminé, il n'y a pas de mal à cela, pourvu qu'il prenne possession de la chose sans délai ; à tout le moins, l'acheteur doit commencer à prendre possession au moment où il paye le prix (1). Cela revient simplement au même que si un homme, en présence d'une outre d'huile, achète de son contenu pour un dinâr ou deux, paye son or [au vendeur] et stipule de lui qu'il lui en mesure la quantité [convenue] ; il n'y a pas de mal à cette opération (2). Si

(1) L'hypothèse prévue est la suivante : Quelqu'un achète, par exemple, 50 mesures de dattes, à provenir d'un jardin déterminé ; c'est, si l'on veut, une vente de genre, mais portant sur un genre très limité et constitué par les fruits d'un jardin déterminé. Cette vente doit se faire au comptant. En payant son prix, l'acheteur doit prendre possession des dattes. Pourquoi cette exigence ? C'est que, si la livraison des fruits est ajournée, l'opération semble prendre le caractère d'une vente aléatoire ; il se peut que le jardin ne produise pas de dattes : dans ce cas, le vendeur serait dans l'impossibilité de fournir la chose vendue et garderait sans cause le prix qu'il a touché. Néanmoins, il peut être impossible, par la nature même des choses, que la livraison ait lieu intégralement au moment du payement du prix ; dans ce cas, on se contentera d'une livraison partielle, mais celle-ci sera absolument nécessaire.

(2) Cette phrase, où Mâlik établit un rapprochement très exact entre l'achat d'une certaine quantité de dattes à prendre dans un jardin et celui d'une certaine quantité d'huile à prendre dans une outre, fait bien comprendre comment on doit interpréter la règle formulée précédemment et d'après laquelle il faut prendre possession de la chose sans délai, au moment du payement du prix. L'acheteur peut payer son prix, et le mesurage, préliminaire indispensable de la livraison, n'avoir lieu qu'après. Tout ce qu'exige le jurisconsulte, c'est que l'on procède *uno contextu* à toutes ces opérations. Et même il tolérait, semble-t-il, que le mesurage fût remis à un peu plus tard.

l'outre se fend et que l'huile qui y était contenue coule, l'acheteur n'a droit qu'à son or, et, entre les deux parties, il n'y a pas de vente (1). Mais pour toute chose qui est présente et qu'on achète conformément aux exigences de sa nature (par exemple, le lait quand il sera trait, les fruits quand ils seront cueillis), et dont l'acheteur prendra possession au jour le jour, il n'y a pas de mal à cela (2). Et si cette chose vient à périr avant que l'acheteur ait reçu livraison intégrale de ce qu'il a acheté, le vendeur lui rendra une part du prix qu'il a touché, proportionnelle à ce qui reste dû ; ou bien l'acheteur prendra, pour ce qui lui reste dû, une marchandise sur laquelle les deux parties se seront mises d'accord. Dans ce cas, l'acheteur ne quittera pas [le vendeur] avant d'avoir pris livraison de cette marchandise. S'il le quitte [auparavant], c'est blâmable, parce qu'alors il y a créance moyennant créance (3). Or, [le Prophète] a défendu [l'aliénation] de la créance à terme, moyennant une créance à terme (4). Si les parties

(1) Mâlik précise ici l'idée qui domine tout ce chapitre : les ventes dont il s'occupe ici ne sont pas des ventes d'une chose incertaine, d'un *espoir ;* ce ne sont pas des ventes aléatoires. Si donc le genre limité sur lequel elles portent vient à périr, il n'y a pas de vente, faute d'objet, et l'acheteur reprend son prix.

(2) Ceci est un exemple de cette livraison partielle dont Mâlik a dit plus haut (cf. p. 31, n. 1) qu'on doit parfois se contenter. Si donc j'achète du lait d'un troupeau déterminé, à raison d'une mesure chaque jour, pendant un mois, je pourrai payer intégralement mon prix lors de la première livraison partielle qui m'est faite. Ce prix ne sera d'ailleurs acquis définitivement à mon vendeur que quand il aura achevé, par des prestations successives, de me fournir tout ce à quoi il s'était engagé.

(3) L'acheteur, en effet, aliène sa créance en restitution du prix, moyennant une créance dont l'objet est la marchandise convenue et non encore livrée.

(4) وقد نهى عن الكالىّ بالكالىّ. Ce hadits ne se trouve, à notre connaissance, ni dans le Çaḥiḥ d'El-Bokhâri, ni dans celui de Moslim.

ont introduit un terme dans leur vente (1), cela est blâmable ; l'ajournement et le délai n'y sont point permis. Cela n'est valable que dans la vente portant sur un genre connu, faite à un terme certain (2) ; [alors, en effet,] le vendeur garantit la chose à l'acheteur, sans spécifier qu'elle proviendra d'un jardin déterminé ou d'un troupeau déterminé.

Mâlik a été consulté sur l'hypothèse suivante : Un homme achète d'un autre [la récolte d']un jardin, dans lequel se trouvent différentes espèces de palmiers : des « 'adjoûa, » des « kabîs, » des « 'adq » et d'autres. En vendant cette récolte, le vendeur s'est réservé les fruits d'un ou de plusieurs palmiers, à son choix. Mâlik a dit : Cela n'est pas valable et en voici la raison : Si, lorsqu'il exerce son choix, le vendeur renonce aux dattes d'un palmier 'adjoûa dont la récolte monte à quinze ṣâ' et prend les dattes d'un palmier kabîs dont la récolte est de dix ṣâ', ou si, [à l'inverse], il prend la 'adjoûa qui a produit quinze ṣâ' et laisse l'arbre qui a produit dix ṣâ' de dattes kabîs, c'est comme s'il avait échangé des dattes 'adjoûa contre des dattes kabîs à inégalité (3). Cela revient au même que si un individu s'adressait à un individu qui, ayant des tas de dattes, a fait un tas de 'adjoûa montant à quinze ṣâ',

(1) C'est-à-dire, dans une vente de la nature de celles que Mâlik envisage ici.

(2) Mâlik va nous expliquer, dans les mots qui suivent, pourquoi le terme est admis dans les ventes portant sur un genre : Un genre ne peut périr ; le vendeur sera toujours en situation de livrer ce qu'il a promis (50 mesures de dattes, par exemple, et non 50 mesures de dattes *à prendre dans tel jardin)*. L'opération ne présente, dès lors, aucun caractère aléatoire.

(3) مُتَفَاضِلاً ; c'est-à-dire, en violant l'égalité qui doit présider aux échanges de dattes, même de qualités différentes. Cf. El-Bokhâri, *L. des V.*, ch. 89, et notre examen de ce chapitre *(loc. cit.*, p. 167).

un tas de kabîs montant à dix ṣâ' et un tas de 'adq montant à douze ṣâ', et disait à ce propriétaire de fruits qu'il lui donnera un dinâr, à la condition qu'il aura le droit de choisir et de prendre [pour ce prix] celui des tas qu'il voudra. Ce qui n'est pas valable (1).

Mâlik a été interrogé au sujet de l'homme qui achète d'un propriétaire la récolte de son jardin et lui paye d'avance le prix convenu (2). Que décider si les fruits de ce jardin viennent à périr ? (3). Mâlik a répondu : L'acheteur comptera avec le propriétaire du jardin et reprendra de ce dernier ce qui reste d'argent à son actif. S'il a pris des fruits pour les deux tiers de son argent, il reprendra le tiers de l'argent qui reste à son actif ; s'il a pris des fruits pour les trois quarts de son argent, il reprendra le quart qui reste à son actif. Ou bien les deux parties s'accorderont entre elles et l'acheteur prendra, moyennant ce qui lui reste d'argent chez le propriétaire du jardin, telle denrée que bon lui semblera ; s'il veut prendre des

(1) Une telle convention, si elle n'est point usuraire, est, à tout le moins, entachée d'aléa.

(2) L'hypothèse ne semble pas tout à fait identique à celle envisagée au début de notre chapitre. Ici, l'acheteur n'achète pas seulement tant de mesures à prendre dans le jardin, il achète toute la récolte du jardin. Mais, malgré qu'au premier abord on puisse s'y tromper, il faut comprendre que cette récolte est achetée à raison de tant la mesure, et non en bloc : on sait, en effet, que l'achat en bloc d'une récolte est défendu (cf., notamment, El-Bokhâri, *L. des V.*, ch. 82, et Mâlik lui-même, chap. 13, De la mouzâbana), et la suite du texte montre d'ailleurs clairement que la vente envisagée ici est faite à tant la mesure. Si donc l'acheteur a pu payer son prix avant la livraison totale, il faut, du moins, supposer qu'à ce moment les dattes étaient déjà cueillies et mesurées, car, sans cela, le montant du prix n'aurait pu être déterminé. Il faut supposer aussi qu'au moment où il fait le payement de son prix, il reçoit livraison d'une partie de la récolte.

(3) Après livraison partielle, mais avant livraison intégrale.

dattes (1) ou autre chose que des dattes, il prendra cela, moyennant l'excédent de son argent. S'il prend des dattes ou une autre marchandise, qu'il ne se sépare pas de son co-contractant avant d'en avoir reçu livraison intégrale. Ce cas (2) se ramène exactement au cas suivant : Un homme loue à un autre homme une sienne monture, nommément désignée ; ou bien il loue le travail d'un sien esclave, adonné au métier de tailleur, de menuisier ou à tout autre métier ; ou bien il loue sa maison ; et il reçoit d'avance le prix de location du travail de cet esclave, ou de cette maison, ou de cette monture ; puis un accident, mort ou autre, survient [à la chose louée]. Alors, le propriétaire de la monture, ou de l'esclave, ou de la maison, rend au locataire qui a fait l'avance du loyer la part de ce loyer afférente à ce qui reste à courir de la location, ce locataire lui tenant compte de la partie de la location qui a effectivement reçu son exécution (3). Si le propriétaire a procuré au locataire la moitié de la jouissance, il rendra la moitié de ce qu'il a touché ; s'il lui a procuré une jouissance moins longue ou plus longue, il lui en sera tenu compte et il rendra la part de loyer afférente au temps qui restait à courir (4). Il n'est

(1) Provenant, bien entendu, d'ailleurs que du jardin dont il avait acheté la récolte qui a péri.

(2) C'est-à-dire : le cas dont il vient d'être parlé et qui consiste à payer intégralement le prix, alors qu'on ne reçoit livraison que d'une partie de la chose achetée, par suite de la perte partielle de cette chose.

(3) Nous avons pris ici quelques libertés avec le texte, pour le rendre plus clair et pour dégager la phrase de répétitions inutiles.

(4) Mâlik, on le voit, établit ici une comparaison très juste entre le cas d'une location où l'obligation du bailleur est, par essence, successive, et celui d'une vente où l'obligation du vendeur est rendue successive par le fait qu'il opère la livraison de la chose en plusieurs fois, à certaines dates convenues. Il fait cette comparaison pour montrer

pas régulier de faire l'avance du prix, si cette avance est faite à l'occasion d'une opération portant sur un corps certain, à moins que celui qui fait l'avance ne prenne possession de la chose sur quoi l'avance est faite, au moment où il remet l'argent au propriétaire de cette chose (1) ; il doit alors prendre possession de l'esclave, de la monture ou de la maison loués, ou commencer [à prendre livraison partielle] de la récolte qu'il a achetée (2) lors du payement effectué par lui au vendeur. Il ne faut pas qu'on introduise dans une telle opération un délai ou un retard. Voici pourquoi cette opération serait répréhensible : Supposons qu'un homme dise à un autre : « Je te fais une avance sur ta monture une telle, que je monterai pour le pèlerinage, » alors qu'entre le moment où il parle et le moment du pèlerinage, il y a un espace de temps ; ou bien qu'il dise quelque chose d'analogue, relativement à l'esclave ou à la maison. Si quelqu'un agissait ainsi avec son co-contractant, cela serait seulement considéré comme une avance d'argent faite sous cette condition que, s'il trouve cette monture en bon

qu'une semblable vente n'est point une opération aléatoire par laquelle le prix payé d'avance serait immédiatement et définitivement acquis au vendeur, mais, au contraire, une opération dans laquelle le prix doit être restitué dans la proportion où la chose ne peut être livrée : règle qui s'applique exactement au loyer payé d'avance.

(1) S'il s'agit de vente, il suffira d'une prise de possession partielle ; il suffira qu'une partie de la chose ait été livrée : sans cela, il ne pourrait être question ni d'obligation successive du vendeur, ni d'avance faite par l'acheteur ; car celui qui paye son prix au moment où il prend possession de tout ce qui lui est dû n'avance rien. La suite du texte dit d'ailleurs expressément qu'il ne s'agit ici que d'une livraison partielle ; cf. plus bas, les mots : أو يبدأ فيما اشترى من الرطب.

(2) ... أو يبدأ فيما اشترى من الرطب فيأخذ منه. Ce منه, comme le membre de phrase qui précède, montre bien qu'il n'y a qu'une prise de possession partielle.

état à l'arrivée du terme assigné, il aura droit de s'en servir, moyennant ce loyer, et que, si elle vient à mourir ou à subir un autre accident, le propriétaire de la bête lui rendra son argent, qu'il détient seulement à titre d'avance à lui consentie (1). La seule différence entre les deux situations, c'est que, dans la première, il y a prise de possession de la chose louée par le locataire. Par cette prise de possession, ce dernier sort de l'aléa, de l'avance réprouvée ; il prend quelque chose de certain et l'on retombe dans une hypothèse analogue à celle où, un homme ayant acheté un esclave (ou une esclave), en ayant pris possession et payé le prix, il survient à cet esclave un accident qui donne ouverture à la responsabilité annale du vendeur (2). Dans ce cas, l'acheteur reprend son argent du propriétaire de l'esclave ; il n'y a pas de mal à une semblable location, puisqu'elle revient à la pratique admise dans les ventes d'esclaves (3). Mais celui qui loue le travail d'un esclave déterminé ou une

(1) L'avance (سلف), consentie dans les conditions qui viennent d'être dites, n'est donc qu'un prêt fait sous la condition que le contrat de louage recevra son exécution. Si donc, avant l'arrivée du terme, la chose louée vient à périr, le bailleur doit immédiatement rembourser ce qu'il a touché. La préoccupation de Mâlik est toujours la même : l'opération ne s'analysera pas en une location aléatoire, mais en une avance, sous cette condition que la chose louée sera bien effectivement mise à la disposition du locataire.

(2) Sur cette responsabilité annale (عهدة السنة), voy. plus haut, ch. 3.

(3) On voit la comparaison faite ici par Mâlik. Il assimile la situation du locataire qui a payé son loyer d'avance, mais est déjà entré en possession, à celle de l'acheteur d'un esclave chez qui se déclare un vice donnant ouverture à la responsabilité annale, alors qu'il est en possession de cet esclave et en a payé le prix. Cet acheteur a droit à la restitution du prix ; de même, le locataire dont la jouissance devient impossible a droit à la restitution de son loyer (pour le temps de la location qui reste à courir).

monture déterminée et ne doit prendre possession de cet esclave ou de cette monture qu'à l'arrivée d'un terme, fait quelque chose qui n'est pas valable. En effet, il n'a pas pris possession de ce qu'il a loué et il n'a pas fait une avance moyennant une obligation qui pèserait sur son co-contractant [depuis le Selef] jusqu'au moment où lui-même en obtiendrait l'exécution (1).

CHAPITRE 15

DE LA VENTE DES FRUITS

Mâlik a dit : L'usage universellement admis parmi nous est le suivant : Celui qui achète des fruits quelconques, qu'ils soient frais ou secs, ne peut les revendre avant d'en avoir reçu livraison (2). On n'échangera pas de fruits les

(1) Voici, semble-t-il, comment on doit expliquer ce passage obscur et difficile. Mâlik considère que payer aujourd'hui le loyer d'une chose dont on ne commencera à jouir que dans six mois, c'est faire un payement, une avance sans cause. A défaut d'une entrée en jouissance immédiate du preneur, il faudrait du moins que le payement anticipé qu'il fait trouvât sa justification dans une obligation *certaine* du bailleur. Or, l'obligation de ce bailleur n'est pas telle ; avant l'expiration des six mois au bout desquels la jouissance du preneur doit commencer, la chose louée peut périr, être hors de service et, dans ce cas, le bailleur ne devra rien : son obligation sera éteinte ou plutôt ne pourra pas naître, faute d'objet ; elle est affectée d'une condition qui en suspend non seulement l'exécution, mais l'existence. Pour Mâlik, une telle obligation n'est pas une obligation ; elle ne peut, en aucune façon, justifier l'avance reçue par celui qui ne deviendra qu'éventuellement un bailleur. — C'est M. Marçais qui nous a mis sur le chemin de cette interprétation, que nous croyons à peu près certaine.

(2) Sur la question de la revente avant prise de possession, cf. El-Bokhâri, *L. des V.*, ch. 55 et 56 (dans Peltier, *loc. cit.*, p. 98-102).

uns contre les autres, si ce n'est de la main à la main (1). Pour ce qui est des fruits qui peuvent sécher, qu'on conserve et qu'on mange dans cet état, on ne les échangera contre des fruits frais de même espèce que de la main à la main et à égalité (2). Si les fruits [susceptibles de sécher] sont d'espèces différentes, il n'y a pas de mal à les échanger à deux contre un (3), de la main à la main ; l'opération ne serait pas valable, si elle était à terme. Il est des fruits qui ne sèchent pas, qu'on ne conserve point et qui se mangent seulement frais, comme les melons, les concombres, les pastèques, les carottes, les cédrats, les bananes, les grenades et autres de même genre ; tous ces fruits, s'ils viennent à sécher, ne méritent pas d'être comptés parmi ce qu'on appelle fruits secs. Pour tous ces fruits, il me semble peu important qu'on en échange de la même espèce, à deux contre un (4), de la main à la main : pourvu qu'on n'y introduise pas de terme, il n'y a pas de mal à ces échanges.

---

(1) Application pure et simple du principe de la simultanéité dans les échanges de denrées usuraires.

(2) Sur la nécessité de l'égalité dans les échanges de fruits frais contre des fruits secs de même espèce, cf. le hadits de Sa'd ben Abou Ouaqqâṣ, cité plus haut (ch. 12, p. 25, *in fine*, et 26).

(3) Il faut comprendre : à deux secs contre un frais, ou inversement.

(4) Mâlik admet ici, on le voit, un tempérament au principe de l'égalité dans les échanges de denrées usuraires de même espèce. Ce tempérament se justifie d'autant mieux qu'un melon, par exemple, peut valoir deux melons et plus, à raison seulement de sa taille et sans même s'attacher à sa qualité.

CHAPITRE 16

DE L'ÉCHANGE DE L'OR CONTRE L'ARGENT EN MONNAIE OU EN LINGOT (1)

Mâlik rapporte, d'après Yaḥia ben Sa'îd, que ce dernier a dit : « L'Envoyé de Dieu ordonna aux deux Sa'd (ben Abou Ouaqqâṣ et ben 'Obâda) de vendre des vases d'or et d'argent provenant du butin (de Khaîbar). Ils les vendirent sur le pied de trois pour quatre d'argent monnayé — ou de quatre pour trois d'argent monnayé. L'Envoyé de Dieu leur dit : « Vous avez fait de l'usure. Restituez [ce que vous avez reçu] (2). »

Mâlik, d'après Moûsa ben Abou Tamîm, d'après Abou El-Ḥoubâb, et Sa'îd ben Yasâr, d'après Abou Horaîra, rapportent que l'Envoyé de Dieu a dit : « Dinâr contre dinâr et dirhem contre dirhem, sans excédent d'un côté ou de l'autre. »

Mâlik rapporte, d'après Nâfi', d'après Abou Sa'îd El-Khodry, que l'Envoyé de Dieu a dit : « Ne vendez pas l'or contre l'or, si ce n'est à égalité et sans excédent dans l'une des deux prestations ; ne vendez pas l'argent contre l'argent, si ce n'est à égalité et sans excédent dans l'une des deux

(1) Malgré la rédaction de la rubrique, il est question dans ce chapitre, non pas seulement de l'échange de l'or contre l'argent, mais de toutes les opérations relatives au trafic des métaux précieux (or contre or, argent contre argent, etc.).

(2) Ce hadits ne figure, à notre connaissance, dans aucun des deux Çaḥiḥ.

prestations. N'échangez pas ces choses, l'une d'elles étant absente et l'autre présente (1). »

Mâlik rapporte, d'après Ḥoumaïd ben Qaïs El-Makky, d'après Moudjâhid, que ce dernier a dit : « J'étais avec 'Abd Allah ben 'Omar quand un bijoutier vint le trouver et lui dit : « O Abou 'Abd Er-Raḥmân, je fabrique des » bijoux avec de l'or. Ensuite, je vends le bijou [que j'ai » fabriqué] pour plus que son équivalent [en or] et je pro- » portionne cet excédent au travail de mes mains. » 'Abd Allah lui défendit d'agir ainsi. Le bijoutier répéta sa question et 'Abd Allah [répéta] sa défense jusqu'à ce qu'il arriva près de la porte de la mosquée — ou près d'une bête qu'il voulait monter. Alors, 'Abd Allah ben 'Omar dit : « Dinâr » contre dinâr et dirhem contre dirhem; pas d'excédent » d'un côté ou de l'autre. Telle est la recommandation que » nous a léguée notre Prophète ; telle est la recomman- » dation que nous vous léguons (2). »

Mâlik rapporte, d'après son grand-père, Mâlik ben Abou 'Âmir, que 'Otsmân ben 'Affân a dit : L'Envoyé de Dieu m'a dit : « Ne vendez pas un dinâr pour deux dinârs, ni un dirhem pour deux dirhems. »

Mâlik, d'après Zaïd ben Âslam, d'après 'Aṭâ ben Yasâr, rapporte que Mo'âwiya ben Abou Sofîân vendit un vase d'or ou d'argent pour plus que son poids. Abou Ed-Dardâ dit : « J'ai entendu l'Envoyé de Dieu défendre, pour les choses de ce genre, les échanges autrement qu'à égalité. » Mo'âwiya répondit : « Je ne vois pas de mal dans un cas

(1) Cf. El-Bokhâri, *L. des* V., ch. 78.

(2) Sous cette forme, ce hadits ne figure ni dans El-Bokhâri, ni dans Moslim.

comme celui-ci. » Abou Ed-Dardâ reprit : « Qui me viendra en aide contre Mo'âwiya ? Je l'informe d'une décision de l'Envoyé de Dieu ; il [me répond en] m'informant de son opinion à lui ! Je n'habiterai point une terre dans laquelle tu te trouves. » Ensuite, Abou Ed-Dardâ se rendit vers 'Omar ben El-Khaṭṭâb et lui raconta ce qui était arrivé. 'Omar ben El-Khaṭṭâb écrivit alors à Mo'âwiya de ne point vendre [de vases], si ce n'est à égalité de poids (1).

Mâlik, d'après Nâfi', d'après 'Abd Allah ben 'Omar, rapporte que 'Omar ben El-Khaṭṭâb a dit : « Ne vendez pas l'or contre l'or, si ce n'est à égalité, et ne faites pas qu'une prestation excède l'autre ; ne vendez pas l'argent contre l'argent, si ce n'est à égalité, et ne faites pas qu'une prestation excède l'autre. Ne vendez pas l'argent contre l'or, l'une des deux choses étant absente et l'autre présente. Et si [ton co-contractant] te demande un délai pour entrer dans sa chambre (2), *ne le lui accorde pas. J'ai peur pour vous du retard ; car le retard, c'est l'usure. »*

Mâlik, d'après 'Abd Allah ben Dînâr, d'après 'Abd Allah ben 'Omar, rapporte que 'Omar ben El-Khaṭṭâb a dit : « N'échangez pas l'or contre l'or, si ce n'est à égalité et qu'une prestation ne soit pas supérieure à l'autre. N'échangez pas l'argent contre l'argent, si ce n'est à égalité, et qu'une prestation ne soit pas supérieure à l'autre. Ne faites pas de semblables échanges, une chose étant absente et l'autre présente. Et si [ton co-contractant] te demande un délai pour

(1) Cf. une autre version de ce hadits dans Moslim, t. VII, p. ٩, *in fine,* et p. ١٠ .

(2) Afin d'y aller chercher la chose « absente ».

entrer dans sa chambre, ne le lui accorde pas. J'ai peur pour vous du retard ; car le retard, c'est l'usure. »

Mâlik a appris qu'El-Qâsim ben Moḥammed a dit : 'Omar ben El-Khaṭṭâb a dit : « *Dinâr contre dinâr, et dirhem contre dirhem, et ṣâ' contre ṣâ'* (1). *Et n'échangez point ces choses, l'une présente et l'autre à terme.* »

Mâlik rapporte, d'après Abou Ez-Zinâd, que ce dernier a entendu Sa'îd ben Mosayyib dire : « *Pas d'usure, si ce n'est relativement à l'or ou à l'argent* (2) *et relativement à ce qui se mesure ou se pèse, en fait de choses qui se mangent ou se boivent* (3). »

Mâlik rapporte, d'après Yaḥia ben Sa'îd, que ce dernier a entendu Sa'îd ben El-Mosayyib dire : « *Le fait de couper des pièces d'or ou d'argent est une cause de corruption sur la terre* (4). »

(1) Quand il s'agit, bien entendu, d'échanges de denrées alimentaires usuraires.

(2) On sait qu'il y a controverse sur le point de savoir si les autres métaux constituent des denrées usuraires. Les Malékites et les Chaféites n'admettent aucune extension en cette matière et limitent le caractère usuraire aux deux métaux précieux. Cf. ARIN, *loc. cit.*, p. 32 ; PELTIER, *L. des V.* d'El-Bokhâri, p. 147.

(3) Les Chaféites, on le sait, considèrent comme denrées usuraires toutes les denrées alimentaires. Les Malékites, conformément à ce qui est dit dans le hadits de Sa'îd ben Mosayyib, ne considèrent comme denrées usuraires que les denrées alimentaires qui se mesurent ou se pèsent (ce qui exclut les melons, pastèques, grenades, etc.). Cf. plus haut, ch. 15 ; cf. également ARIN, *loc. cit.*, p. 32-33 ; PELTIER, *loc. cit.*, p. 143-144.

(4) Ce hadits, dont nous trouverons plus bas, au chapitre 23, des applications pratiques, ne se trouve, à notre connaissance, ni dans Moslim, ni dans El-Bokhâri. Il contient une allusion certaine à Coran, XXVII, 49.

Mâlik a dit : Il n'y a pas de mal à ce qu'un homme achète en bloc de l'or moyennant de l'argent ou de l'argent moyennant de l'or, si [ces métaux] sont en lingots ou sous forme de bijoux déjà façonnés (1). S'agit-il, [au contraire], d'échanger des dirhems qu'on peut compter contre des dinârs qu'on peut compter, l'échange en bloc, sans vérification ni compte des pièces de monnaie, n'est pas permis. Si, [en effet], on procède [pour des pièces] à un échange en bloc, c'est uniquement parce qu'alors on a en vue l'aléa : c'est pour cela [seulement] qu'on renonce à compter et qu'on achète en bloc. Et cette opération n'est point de celles que pratiquent les Musulmans. [Mais], relativement aux lingots ou aux bijoux qui se pèsent, il n'y a pas de mal à les vendre en bloc (2) : C'est une opération identique à celle qui consiste à acheter en bloc du blé, des dattes et autres denrées alimentaires qui peuvent se vendre en bloc, alors, pourtant, qu'elles sont susceptibles d'être mesurées (3). Il n'y a pas de mal à une semblable opération.

Mâlik a envisagé le cas suivant : Un homme achète un exemplaire du Coran, un sabre ou une bague enrichis d'or ou d'argent, moyennant des dinârs ou des dirhems (4). Si

(1) Il convient de se rappeler que, même dans ce cas, l'opération serait usuraire si les deux prestations consistaient, soit en or, soit en argent.

(2) Pourvu, bien entendu, qu'une des prestations consiste en or et l'autre en argent.

(3) Bien entendu, ces denrées ne peuvent être vendues en bloc que si la contre-prestation ne consiste pas en denrées de même espèce. L'échange de dattes en bloc contre des dattes mesurées constitue la mouzâbana, interdite comme l'échange de l'or en bloc contre de l'or pesé.

(4) Moyennant des dinârs si l'objet est enrichi d'or, moyennant des dirhems si l'objet est enrichi d'argent. D'après ce qui précède et d'après

l'on achète, moyennant des dinârs, une chose dans laquelle il y a de l'or, il faut considérer la valeur de cette chose (1). Si la valeur de cette chose est des deux tiers et la valeur de l'or qu'elle contient, d'un tiers, l'opération est permise, pourvu qu'elle se fasse de la main à la main et qu'il n'y ait pas de terme. Si l'on achète, moyennant de l'argent, une chose qui contient de l'argent, il faut considérer la valeur de la chose. Si la valeur de cette chose est des deux tiers et celle de l'argent qu'elle contient, d'un tiers, l'opération est permise, pourvu qu'elle se fasse de la main à la main. On n'a jamais cessé de pratiquer de semblables opérations parmi nous (2).

CHAPITRE 17

DES RÈGLES DU CONTRAT DE CHANGE

Mâlik rapporte, d'après Ibn Chihâb, d'après Mâlik ben Âoûs ben El-Ḥadatsân En-Naṣry, que ce dernier a dit : « Comme je voulais changer cent dinârs, Ṭalḥa ben 'Obaïd Allah m'appela. Après que nous eûmes discuté les conditions, il accepta de faire ce change. Il prit l'or qu'il retourna dans sa main, puis il dit : « Attends que mon caissier revienne d'El-Ghâba. » 'Omar ben El-Khaṭṭâb, qui avait

ce qui suit, on peut évidemment acheter librement, moyennant des dinârs, un objet enrichi d'argent, et, moyennant des dirhems, un objet enrichi d'or.

(1) Abstraction faite de l'or qu'elle contient.

(2) Telle est bien, en effet, la doctrine des Malékites en cette matière. Sur le système adopté par les autres rites, cf. Arin, *loc. cit.*, p. 67-70.

entendu tout cela, [me] dit : « Par Dieu, ne le quitte pas avant d'avoir reçu ta monnaie ! » Et il ajouta : « L'Envoyé de Dieu a dit : « Or contre argent, c'est usure, à moins [qu'on ne dise] : « Tiens ! » et « Tiens ! » Froment contre froment, c'est usure, à moins qu'on ne dise : « Tiens ! » et « Tiens ! » Dattes contre dattes, c'est usure, à moins qu'on ne dise : « Tiens ! » et « Tiens ! » Orge contre orge, c'est usure, à moins qu'on ne dise : « Tiens ! » et « Tiens ! (1). »

Mâlik a dit : Un homme changeant des dinârs contre des dirhems trouve, parmi ceux-ci, un dirhem mauvais (2) et veut le rendre. Le change des dinârs est vicié. Il doit rendre les dirhems [qu'il a reçus] et reprendre ses dinârs. L'explication de ce qui est blâmable dans ce cas se trouve dans la parole de l'Envoyé de Dieu qui a dit : « Or contre argent, c'est usure, à moins qu'on ne dise : « Tiens ! » et « Tiens ! » et dans celle de 'Omar ben El-Khaṭṭâb qui a dit : « S'il te demande un délai pour entrer dans sa demeure (3), ne l'accorde pas. » En rendant un dirhem provenant du change, après qu'on a déjà quitté son co-contractant, on ferait naître une dette ou une prestation ajournée : ce qui est réprouvé par 'Omar. Le change sera donc annulé. Ce que veut 'Omar ben El-Khaṭṭâb, c'est qu'on n'échange pas l'or, l'argent, ni les denrées alimentaires, une prestation étant au comptant et l'autre à

(1) Cf. El-Bokhâri, *L. des V.*, ch. 54, h. 4, et ch. 76.

(2) Il faut comprendre qu'il ne fait cette découverte qu'après avoir quitté son co-contractant. La suite du texte le dit, d'ailleurs, expressément. Cf., plus bas, les mots : بعد أن يفارقه « après qu'il a quitté son co-contractant ».

(3) Afin de chercher ce qui fait l'objet de sa prestation, après avoir déjà reçu son dû ; cf. plus haut, ch. 16, p. 42, *in fine*.

terme. Il ne faut pas que, dans des opérations de cette nature, on introduise un retard ou un délai, qu'elles portent sur des choses de même espèce ou sur des choses d'espèces différentes.

CHAPITRE 18

DE LA VENTE AU RIṬL (1)

Mâlik rapporte, d'après Yazîd ben 'Abd Allah ben Qousaîṭ, que ce dernier a vu Sa'îd ben El-Mosayyib échanger, au poids, de l'or contre de l'or. Il versa son or dans un plateau de la balance et son co-contractant versa le sien dans l'autre plateau ; quand la languette de la balance marqua l'équilibre, il prit [*l'or de son co-contractant*] *et donna* [*le sien*].

Mâlik a dit : Chez nous, on admet, dans les échanges d'or contre or et d'argent contre argent au poids, qu'il n'y a pas de mal à ce que l'un prenne onze dinârs moyennant dix dinârs, de la main à la main ; pourvu que les poids des deux sommes échangées au comptant soient égaux, il importe peu qu'il y ait d'un côté un plus grand nombre de pièces (2). Cette solution s'applique aux dirhems aussi bien qu'aux dinârs.

(1) Le riṭl étant une unité de poids, notre chapitre pourrait s'intituler : « De la vente au poids. » L'expression « mourâṭala » est classique parmi les jurisconsultes musulmans.

(2) Cette solution est très naturelle : dans une vente au poids, on ne tient compte que du poids. L'hypothèse de l'inégalité du nombre des pièces à poids égaux était pratique, par suite des variations fréquentes qui se produisaient dans la frappe des dinârs.

Relativement aux ventes au poids d'or contre or ou d'argent contre argent, Mâlik a dit : Si, entre les deux masses d'or, il y a un écart de poids d'un mitsqâl et si, pour la valeur de ce mitsqâl, on veut donner au propriétaire de ce mitsqâl de l'argent ou autre chose, qu'il ne l'accepte pas ! Car c'est un péché et un procédé qui conduit à l'usure. En effet, permettre de prendre ce mitsqâl moyennant un prix, comme si on l'achetait tout seul, ce serait permettre de prendre ce mitsqâl pour plusieurs fois sa valeur : [ce à quoi l'intéressé consentirait], afin de valider cette vente conclue entre lui et son co-contractant; tandis que, si on vendait ce mitsqâl tout seul et à titre principal, il ne le prendrait [peut-être] pas pour le dixième du prix moyennant lequel il le prend, afin de valider cette vente : ce serait là un moyen d'arriver à accomplir ce qui est illicite et prohibé.

Mâlik a envisagé l'hypothèse suivante : Un homme fait avec un autre une vente au poids; il lui donne de l'or de qualité supérieure auquel il joint un lingot d'un or de mauvaise qualité, et, en échange, il prend de son co-contractant de l'or coupé de Koufa (or que tout le monde estime peu). Tous deux conviennent de faire cet échange à égalité de poids. Cela n'est pas valable. Et en voici la raison : Le propriétaire de l'or de qualité supérieure se récompense de cette supériorité de son or au moyen du [mauvais] lingot qu'il y joint; et si son or n'était pas meilleur que celui de son co-contractant, ce dernier ne consentirait pas, dans une vente au poids, à prendre ce mauvais lingot en échange de son or de Koufa; il s'y refuserait (1). Cette opération

(1) Le principe, on le sait, c'est que deux denrées usuraires de même nature ne peuvent être échangées qu'à égalité, malgré leur différence de qualité. Il est peu à craindre, en effet, qu'un individu consente à échanger une chose de bonne qualité contre une chose de mauvaise. En tout cas, l'opération, se faisant nécessairement au comptant, ne

serait tout à fait semblable à la suivante : Qu'on suppose un homme qui veut acheter trois ṣâʿ de dattes ʿadjoûa, moyennant deux ṣâʿ et un modd de dattes kabîs. A cet homme, on dirait que ce n'est pas valable. Et si, pour donner à l'opération une apparence régulière, il mettait avec deux ṣâʿ de kabîs un ṣâʿ de ḥachaf (1), cela ne deviendrait pas valable, parce que le propriétaire des ʿadjoûa ne consentirait pas à donner un ṣâʿ de ʿadjoûa pour un ṣâʿ de ḥachaf. Si, dans l'hypothèse, il le donne, c'est seulement à cause de la supériorité des kabîs [sur les ʿadjoûa]. Cela revient encore au même que si un homme disait à un autre : « Vends-moi trois ṣâʿ de blé blanc, moyennant deux ṣâʿ et demi de blé de Syrie. » L'autre lui ferait observer qu'une telle vente n'est valable que si elle se fait à égalité de mesure. Si, alors, pour régulariser extérieurement l'opération qu'ils veulent faire, un des contractants mettait avec ses deux ṣâʿ de blé de Syrie un ṣâʿ d'orge, l'opération ne deviendrait pas valable pour cela, parce que l'autre partie ne voudrait pas donner un ṣâʿ de blé blanc pour un ṣâʿ d'orge, si l'échange ne portait que sur ce ṣâʿ. S'il consent ici à le faire, c'est uniquement à cause de la supériorité du blé de Syrie sur le blé blanc. Cela n'est pas valable et c'est un cas analogue à celui du lingot mauvais, exposé précédemment. En conséquence, chaque fois que l'opération porte sur de l'or, de l'argent, des denrées alimentaires, toutes choses qu'il n'est point permis d'échanger, si ce n'est à égalité, il n'est jamais permis de joindre à la chose de qualité supérieure et recherchée une chose

peut pas donner ouverture à une spéculation. Si, au contraire, il y a, dans une des prestations, à la fois des choses excellentes et des choses très mauvaises, on comprend aisément que l'échange à égalité de poids contre une chose de qualité moyenne prenne le caractère d'une spéculation. De là la prohibition édictée par Mâlik.

(1) Dattes de très mauvaise qualité.

mauvaise et dépréciée, pour donner à la vente une apparence régulière et chercher à rendre licite, par là, une opération défendue et non valable. Si quelqu'un joint une chose mauvaise à une chose recherchée et se propose uniquement, par là, de se récompenser de la supériorité de ce qu'il vend, il donne une chose que son co-contractant n'accepterait point et dont il ne voudrait pas, s'il la vendait seule ; si son co-contractant l'accepte, c'est uniquement à raison de la marchandise qu'il prend avec et qui est de meilleure qualité que la sienne. Il n'est pas permis, dans les ventes d'or, d'argent et de denrées alimentaires, d'introduire une spéculation de ce genre. Si le maître d'une denrée mauvaise veut la vendre, qu'il la vende toute seule et sans rien y joindre. Il n'y a pas de mal à agir ainsi.

CHAPITRE 19

DE LA 'ÎNA (1) ET DE CE QUI Y RESSEMBLE

Mâlik rapporte, d'après Nâfi', d'après 'Abd Allah ben 'Omar, que l'Envoyé de Dieu a dit : « Que celui qui achète

(1) La 'îna est, d'une façon générale, la revente d'une denrée dont on n'a pas encore pris livraison. Plus spécialement, c'est l'opération par laquelle le vendeur lui-même rachète, pour un prix inférieur payable au comptant, la chose qu'il a vendue à terme pour un prix supérieur : Un individu vend, par exemple, 10 mesures de blé moyennant 50 dirhems, payables dans 6 mois, à un autre individu qui, avant toute prise de livraison, revend le blé à son acheteur moyennant 40 dirhems, payables au comptant. Cf. la définition du *Lisân el-'Arab*, d'après laquelle il y a 'îna :

des comestibles ne les revende pas avant d'en avoir pris livraison intégrale (1). »

Mâlik rapporte, d'après 'Abd Allah ben Dînâr, d'après 'Abd Allah ben 'Omar, que l'Envoyé de Dieu a dit : « *Que celui qui achète des comestibles ne les revende pas avant d'en avoir pris possession.* »

Mâlik rapporte, d'après Nâfi', d'après 'Abd Allah ben 'Omar, que ce dernier a dit : « *Au temps de l'Envoyé de Dieu, nous achetions des comestibles. Il envoya vers nous quelqu'un pour nous ordonner de les transporter, de l'endroit où nous les avions achetés, dans un autre endroit, avant de les revendre.*

Mâlik rapporte, d'après Nâfi', que Ḥakîm ben Ḥizâm acheta, de certaines gens, des comestibles que 'Omar leur avait assignés sur la zakât (2). *Ḥakîm les revendit avant d'en avoir pris livraison intégrale. 'Omar ben El-Khaṭṭâb*

اذا باع من رجل سلعة بثمن معلوم الى اجل معلوم ثم اشتراها
منه باقل من الثمن الذى باعها به

Il est aisé de comprendre qu'une telle opération n'a d'autre but que de tourner la prohibition du prêt à intérêt et est usuraire au premier chef. Mâlik n'envisage point ici spécialement cette opération particulière et s'occupe de la 'îna au sens le plus général ; pour lui, 'îna est synonyme de revente (même à un tiers) avant prise de possession.

(1) Cf. El-Bokhâri, *L. des V.*, ch. 55 et 56, et Moslim, ᴠɪ, p. ٤٥٩ et s. On sait que la portée de cette prohibition est discutée entre les jurisconsultes. Les Chaféites l'étendent à toutes les ventes, même immobilières ; les Hanéfites, à toutes les ventes de meubles. Les Malékites, s'en tenant aux termes de notre hadits, ne l'appliquent qu'aux reventes de denrées alimentaires. Cf. Peltier, *L. des* V. d'El-Bokhâri, p. 99 et s.

(2) Tel nous paraît, du moins, le sens de ce passage où on lit :

....ابتاع طعاما امر به عمر بن الخطاب للناس....

l'apprit. Il lui défendit d'agir ainsi et dit : « Ne revends pas les comestibles que tu as achetés avant d'en avoir pris livraison intégrale. »

Mâlik a appris qu'au temps de Marouân ben El-Ḥakîm, on émettait, pour le public, des bons (1) *représentant les denrées d'El-Djâr* (2), *et, au moyen de ces bons, les gens trafiquaient entre eux de ces denrées avant d'en prendre livraison. Zaïd ben Tsâbit et un compagnon de l'Envoyé de Dieu* (3) *se présentèrent devant Marouân et lui dirent : « Est-ce que tu permets une vente usuraire, ô Marouân ? » — Celui-ci répondit : « Dieu m'en garde ! Mais de quoi s'agit-il ? » — « Il s'agit », dirent-ils, « de ces bons dont les gens trafiquent [et au moyen desquels] ils revendent les marchandises [qu'ils représentent] avant d'en prendre livraison. » — Marouân envoya des agents à la poursuite de ces bons, pour les retirer des mains de ceux qui les détenaient et les rendre à leurs propriétaires.*

Mâlik a appris qu'un homme voulut acheter d'un autre des comestibles à terme. Quelqu'un se trouvant disposé à lui en vendre l'emmena au marché et se mit à lui montrer les tas de grains [qui s'y trouvaient], en lui disant : « Duquel de ces tas veux-tu que je t'achète ? » L'acheteur lui dit alors : « Est-ce que tu me vendrais ce qui n'est pas à toi ? » Ils allèrent chez 'Abd Allah ben 'Omar. Celui-ci dit à l'acheteur :

(1) Ces bons portaient le nom technique de صُكُوك, *ṣoukoûk* (sing. صَكّ, *ṣakk*).

(2) El-Djâr, localité située sur la mer Rouge, était le port de Médine. Il existait dans le 'Oman une ville du même nom ; mais ce n'est évidemment point d'elle qu'il s'agit ici.

(3) D'après la version de Moslim, c'était Abou Horaïra.

« N'achète pas de cet homme ce qui ne lui appartient pas, » et il dit au vendeur : « Ne vends pas ce qui ne t'appartient pas. »

Mâlik rapporte, d'après Yaḥia ben Sa'îd, que ce dernier a entendu Djamîl ben 'Abd Er-Raḥmân dire à Sa'îd ben El-Mosayyib : « J'achète, autant qu'il plaît à Dieu, des subsistances que les gens reçoivent à El-Djâr (1). *Et mon but est de revendre à terme ces denrées dont la livraison m'est garantie [par un bon]. » Sa'îd lui dit : « Sont-ce les denrées mêmes que tu as achetées que tu penses employer à satisfaire tes acheteurs ? » — « Oui, » répondit Djamîl. Sa'îd lui défendit d'agir ainsi* (2).

Mâlik a dit : L'usage universellement admis parmi nous, et pour lequel il n'y a point de controverse, est le suivant : Quiconque achète des comestibles, tels que froment, orge, soult (3), maïs, millet, grains farineux de toute espèce, ou choses analogues soumises à la dîme légale ; quiconque achète des condiments, tels que : huile, graisse, miel, vinaigre, fromage, lait, huile de sésame et choses de ce genre ; qu'il n'en revende rien avant d'en avoir pris possession et reçu intégralement livraison.

---

(1) Il faut comprendre qu'il les achète sans en prendre livraison et en se faisant simplement délivrer un de ces bons (ṣoukoûk) dont il a été parlé plus haut.

(2) C'est une hypothèse de revente avant prise de livraison. C'est pourquoi Sa'îd s'informe si Djamîl compte bien régler ses acheteurs avec les *denrées mêmes* qu'il a achetées et dont il n'a pas encore pris livraison. Sans cette circonstance, en effet, on serait en présence d'une vente de genre à terme qui n'aurait rien de répréhensible.

(3) Sorte de céréale intermédiaire entre le froment et l'orge.

CHAPITRE 20

DE CE QUI EST RÉPROUVÉ EN FAIT DE VENTE DE COMESTIBLES A TERME (1)

Mâlik rapporte, d'après Abou Ez-Zinâd, que ce dernier a entendu Sa'îd El-Mosayyib et Solaîmân ben Yasâr défendre à celui qui a vendu des grains, moyennant de l'or à terme, d'acheter des dattes avec cet or avant d'en avoir pris possession.

Mâlik rapporte, d'après Katsîr ben Farqad, que ce dernier interrogea Abou Bakr ben Moḥammed ben 'Amr ben Ḥazm, au sujet d'un homme qui, ayant vendu des comestibles à un autre, moyennant de l'or à terme, achèterait ensuite de son acheteur même des dattes avec cet or, avant d'en avoir pris possession. Abou Bakr réprouva cette opération et la défendit.

Mâlik rapporte la même chose, d'après Ibn Chihâb.

Mâlik a dit : La seule chose que Sa'îd ben El-Mosayyib, Solaîmân ben Yasâr, Abou Bakr ben Moḥammed ben 'Amr ben Ḥazm et Ibn Chihâb ont voulu défendre, c'est qu'un homme, ayant vendu du blé contre de l'or, achète ensuite des dattes à son acheteur de blé lui-même avec l'or qui lui est dû par ce dernier et dont il n'a pas encore pris

(1) ما يكره من بيع الطعام إلى أجل. Cette rubrique n'est pas heureuse. Elle fait croire, en effet, qu'il va être question d'opérations dans lesquelles la prestation ajournée consiste en comestibles, tandis que, comme on va le voir, notre chapitre ne s'occupe que d'opérations dans lesquelles la prestation affectée d'un terme consiste en or.

livraison. Au contraire, si un homme veut, avec l'or à terme moyennant lequel il a vendu du blé et dont il n'a pas pris livraison, se procurer les dattes d'un tiers, il peut le faire valablement en déléguant à son vendeur de dattes, pour prix de ces dernières, la créance d'or qu'il a contre l'acheteur de son grain (1). J'ai consulté plusieurs savants au sujet d'une semblable délégation ; tous ont été d'avis qu'il n'y avait pas de mal à cela.

CHAPITRE 21

DE L'AVANCE (سلفة) CONSENTIE MOYENNANT DES COMESTIBLES

Mâlik rapporte, d'après Nâfi', d'après 'Abd Allah ben 'Omar, que celui-ci a dit : « Il n'y a pas de mal à ce qu'un homme fasse une avance à un autre, moyennant un comestible déterminé, à un cours déterminé, pour un terme certain, pourvu que ce ne soit pas sur une récolte dont l'utilité n'est pas encore discernable, ou sur des dattes dont l'utilité n'est pas encore discernable (2). »

Mâlik a dit : Voici l'usage admis chez nous dans l'hypothèse suivante : Un homme fait une avance moyennant un

(1) Dans ce cas, en effet, le prix des dattes ne consiste pas dans de l'or qu'on n'a pas encore en sa possession, mais bien dans une créance que l'on cède à son vendeur. C'est un بيع بدين qui n'a rien de répréhensible.

(2) Sur le Selef, cf. Peltier, *L. des V.* d'El-Bokhâri, p. 215 et s.

comestible déterminé, à un cours déterminé, pour un terme certain. Le terme arrive et l'acheteur (1), ne pouvant pas se faire livrer par le vendeur ce qu'il a acheté, lui accorde la résiliation du contrat. Il n'est pas permis à cet acheteur de prendre autre chose que l'argent même, ou l'or, ou le prix quelconque qu'il a avancé, et il ne peut rien acheter de son vendeur moyennant ce prix, avant d'en avoir reçu livraison. Il lui est interdit de prendre autre chose que le prix qu'il a avancé ou de le transformer en une denrée autre que le comestible qu'il avait acheté primitivement : tout cela constituerait une revente de comestible avant prise de possession (2). Or, l'Envoyé de Dieu a défendu la revente des comestibles avant qu'on en ait pris livraison intégrale. Si l'acheteur se repent [du marché qu'il a fait] et dit au vendeur : « Accorde-moi la résiliation [de notre contrat] et je t'accorderai un délai pour la restitution du prix que je t'ai payé », cela n'est pas valable et les savants prohibent [cette convention]. Lorsque le comestible est devenu exigible au profit de l'acheteur, à l'encontre du vendeur, si l'acheteur accorde un délai à ce

(1) Qui a fait l'avance.

(2) Ceci demande explication. La résiliation volontaire, إقالة (cf. plus bas, ch. 41), peut s'analyser, au fond, en une revente faite en sens inverse de la première. L'acheteur de comestible qui résilie le contrat devrait être considéré, en somme, comme revendant à son vendeur ce comestible dont, par hypothèse, il n'a pas pris livraison, et, n'était la tolérance toute spéciale admise pour l' إقالة, cette opération devrait être défendue. Elle est, au contraire, admise. Mais l' إقالة, constituant une dérogation au droit commun, est soumise à des règles très restrictives. Il n'y a إقالة qu'au cas où l'acheteur reprend *exactement* le prix qu'il a payé. Prend-il plus ou moins, ou prend-il autre chose à la place, il n'y a plus إقالة ; il y a simplement revente d'une chose dont on n'a pas pris livraison ; on applique donc à cette opération les règles du droit commun, c'est-à-dire qu'on la défend.

dernier (1) afin d'obtenir une résiliation, cela constitue une revente de comestible avant d'en avoir pris livraison intégrale (2). Et en voici la raison : Si, à l'échéance du terme, l'acheteur, s'étant dégoûté du comestible [qui fait l'objet de la vente], reprend, à sa place, des dinârs en accordant un délai [pour le payement de ceux-ci], cela ne constitue plus une résiliation (إقالة). Il n'y a résiliation que quand il n'y a d'augmentation au contrat primitif ni pour le vendeur, ni pour l'acheteur. S'il y a avantage pour l'un ou pour l'autre, par l'adjonction d'un terme ou l'addition d'une chose à la prestation d'un des deux, ou par l'introduction d'une circonstance qui favorise l'un des deux, il n'y a plus résiliation. Si les parties font cela, la résiliation devient simplement une revente : car on ne tolère la résiliation volontaire, l'association dans un marché et la cession d'achat (3), que si l'on n'y introduit ni augmentation, ni diminution, ni délai. Si on y introduit une augmentation, une diminution ou un délai, cela devient une revente, soumise, quant à sa validité ou à sa non-validité, aux règles mêmes de la vente (4).

Mâlik a dit : Si quelqu'un a fait une avance moyennant du blé de Syrie, il n'y a pas d'inconvénient à ce qu'il prenne, [à la place], du blé dit « ḥinṭa maḥmoûla (5) » à

(1) Pour la restitution du prix qui a été payé au vendeur et que ce dernier doit restituer immédiatement en cas de résiliation.

(2) L'introduction d'un délai pour la restitution du prix fait perdre à l'opération le caractère d'une إقالة, comme Mâlik l'explique lui-même dans la phrase suivante. L'إقالة ne comporte ni augmentation, ni diminution, ni changement quelconque dans la restitution.

(3) Sur l'association dans un marché (شرك) et sur la cession d'achat (تولية), opérations apparentées à l' إقالة, cf. plus bas, ch. 41.

(4) Et non de l'إقالة.

(5) Sorte de blé dont nous n'avons pu déterminer la nature.

l'arrivée du terme. Il en est de même pour toute avance faite moyennant une chose d'une espèce déterminée quelconque. Il n'y a pas de mal, pour celui qui a fait l'avance, à prendre quelque chose de meilleur ou de moins bon que ce moyennant quoi il a fait l'avance, pourvu que ce soit à l'expiration du terme. La règle doit se comprendre ainsi : Si un homme a consenti une avance moyennant du blé dit « ḥinṭa maḥmoûla », il n'y a pas de mal à ce qu'il prenne en payement de l'orge ou du blé de Syrie ; s'il a consenti une avance moyennant des dattes « ʿadjoûa », il n'y a pas de mal à ce qu'il prenne en payement des dattes « ṣaïḥâni » ou des dattes « djamʿ » ; s'il a consenti une avance moyennant des raisins secs rouges, il n'y a pas de mal à ce qu'il prenne en payement des raisins secs noirs, pourvu que ce soit après l'arrivée du terme et pourvu que la mesure de la chose donnée en payement soit égale à la mesure stipulée pour la chose moyennant laquelle l'avance a été faite (1).

---

(1) Ainsi donc, deux conditions sont nécessaires pour que l'acheteur qui a fait l'avance puisse recevoir en payement une chose de meilleure ou de moins bonne qualité que la chose promise : 1° Il faut que cette dation en payement se produise au moment même de l'échéance, non *avant*, ni *après ;* — 2° Il faut que la quantité donnée en payement soit égale à la quantité promise. Et cela se comprend : Si le payement de blé meilleur que le blé promis avait lieu un certain temps *après* l'échéance, ou si le payement de blé moins bon avait lieu un certain temps *avant* l'échéance, l'opération constituerait une spéculation illicite ; car la différence de qualité entre le blé promis et le blé fourni devrait être considérée comme le prix de l'allongement ou du raccourcissement du terme. Si l'acheteur acceptait en payement une plus grande quantité de blé moins bon ou une plus petite quantité de blé meilleure, il y aurait également spéculation interdite ; il y aurait viola-

CHAPITRE 22

DANS LA VENTE D'UN COMESTIBLE CONTRE UN COMESTIBLE, UNE PRESTATION NE DOIT PAS EXCÉDER L'AUTRE

Mâlik rapporte qu'il lui est parvenu que Solaïmân ben Yasâr a dit : « La ration étant venue à manquer pour son âne, Sa'd ben Abou Ouaqqâṣ dit à son esclave : « Prends du » blé de ta famille pour acheter, avec, de l'orge ; mais ne » prends d'orge qu'une quantité égale [à celle que tu don- » neras de blé] (1). »

Mâlik rapporte, d'après Nâfi', d'après Solaïmân ben Yasâr, que ce dernier a donné l'information suivante : « 'Abd Er-Raḥmân ben El-Âsouad ben 'Abd Yaghoûts, les rations étant venues à manquer pour ses bêtes, dit à son esclave : « Prends du blé destiné à nourrir ta famille. Avec » ce blé, achète de l'orge, mais ne prends d'orge qu'une » quantité égale [à celle que tu donneras de blé]. »

tion indirecte, mais certaine, de ce principe, déjà connu, d'après lequel toutes les denrées d'une même espèce doivent être tenues pour équivalentes, malgré des différences de qualité.

Quand, au contraire, les deux conditions indiquées par Mâlik se trouvent réunies, aucune spéculation n'est à craindre. Il est évident qu'alors, le vendeur s'abstiendra, en général, de donner meilleur que ce qu'il doit et l'acheteur d'accepter moins bon que ce à quoi il a droit. Mais si les parties acceptent, l'une ou l'autre, de subir une perte, cela les regarde et constitue une sorte de donation, parfaitement licite, que l'une fait à l'autre.

(1) On envisage ici le blé et l'orge comme constituant une seule espèce ; dès lors, l'échange de blé pour orge est soumis à la loi de l'égalité. Beaucoup de docteurs, notamment El-Bokhâri, considèrent, au contraire, l'orge et le blé comme constituant deux espèces distinctes. (Cf. plus haut, ch. 12, p. 26, n. 5.)

Mâlik rapporte qu'il lui est parvenu, d'après El-Qâsim ben Moḥammed, d'après Ibn Mo'aïqîb Ed-Daousi, un récit analogue.

Mâlik a dit : Et c'est ainsi que sont les choses chez nous (1).

Mâlik a dit : La règle universellement admise parmi nous, c'est qu'on ne doit pas acheter du blé moyennant du blé; ni des dattes moyennant des dattes; ni du blé moyennant des dattes; ni des dattes moyennant des raisins secs; ni du blé moyennant des raisins secs; ni aucun comestible [moyennant un comestible], si ce n'est de la main à la main. Si l'on introduit un terme dans l'opération, celle-ci n'est pas valable et est interdite. Qu'on n'achète, non plus, aucun condiment (2), si ce n'est de la main à la main.

Mâlik a dit : Qu'on n'achète aucun comestible, ni aucun condiment, moyennant un comestible ou un condiment de même espèce, à raison de deux contre un. Qu'on n'achète pas un modd de blé moyennant deux modd de blé ; ni un modd de dattes moyennant deux modd de dattes ; ni un modd de raisins secs moyennant deux modd de raisins secs, et qu'on s'abstienne de procéder ainsi pour tous les comestibles ou condiments, lorsque les deux prestations portent sur une même espèce, même si elles se font de la main à la main. Ces opérations sont entièrement assimilables à l'échange de l'argent contre l'argent et de l'or

(1) C'est-à-dire qu'à Médine on considérait le blé et l'orge comme ne constituant qu'une seule espèce. Le commentaire nous raconte qu'un certain Zhâhirite s'était montré fort grossier envers Mâlik au sujet de l'assimilation de ces deux denrées. N'avait-il pas osé dire qu'un chat était plus avisé que notre imâm, parce que, si l'on jetait à cet animal une boulette d'orge et une boulette de froment, il savait très bien se détourner de la première pour manger la seconde !

(2) Moyennant un autre condiment ou un comestible.

contre l'or. Ces échanges ne comportent aucun excédent dans une prestation; ils ne peuvent se faire qu'à égalité et de la main à la main. Lorsque les deux prestations portent sur des aliments ou des boissons qui se mesurent ou se pèsent, mais sont d'espèces différentes, il n'y a pas de mal, si la différence d'espèce est évidente, à en prendre deux pour un, de la main à la main. Il n'y a pas de mal à prendre un ṣâ' de dattes moyennant deux ṣâ' de blé, ou un ṣâ' de dattes moyennant deux ṣâ' de raisins secs, ou un ṣâ' de blé moyennant deux ṣâ' de beurre. Si les denrées appartiennent à deux espèces différentes, il n'y a pas de mal à prendre deux ou plus pour un, de la main à la main. Mais si on introduit un délai dans les échanges de ce genre, cela n'est pas permis. Il n'est pas permis de vendre un tas de blé non mesuré contre un tas de blé non mesuré. Mais il n'y a pas de mal à vendre un tas de blé non mesuré contre un tas de dattes non mesuré, de la main à la main. Et c'est ainsi qu'il n'y a pas de mal à acheter du blé contre des dattes en bloc. Tous les aliments ou condiments d'espèces différentes peuvent, du moment que la différence d'espèce est certaine, s'échanger en bloc de la main à la main: l'introduction d'un terme, dans ces échanges, n'étant pas permise. Échanger des aliments d'espèces différentes, en bloc, revient au même que d'acheter un aliment, en bloc, contre de l'or ou de l'argent; et, si tu achètes du blé en bloc moyennant de l'argent, ou des dattes en bloc moyennant de l'or, ce que tu fais est licite et ne présente aucun mal. — Mais si quelqu'un, ayant fait un tas d'une denrée alimentaire, en connaît la contenance et vend ensuite ce tas en bloc, en cachant cette contenance à l'acheteur, l'opération n'est pas valable. Si cet acheteur le veut, il résoudra le contrat en se basant sur ce fait que le ven-

deur l'a trompé, en lui cachant la contenance [qu'il connaissait]. Toutes les fois, donc, que le vendeur connaît la contenance de sa denrée alimentaire ou autre, pour l'avoir calculée, et qu'ensuite, il la vend en bloc à un acheteur qui l'ignore, ce dernier, s'il le veut, pourra demander la résolution du contrat. Tous les savants sont d'accord pour défendre une telle opération.

Il est interdit d'échanger un pain rond contre deux pains ronds et un grand contre un petit, quand l'un est manifestement plus grand que l'autre. Mais lorsqu'on peut évaluer l'égalité approximative des pains échangés, il n'y a pas de mal à cela, même si l'on ne fait pas de pesée.

Il n'est pas licite d'échanger un modd de beurre et un modd de petit-lait contre deux modd de beurre : cela revient, en effet, à l'opération que nous avons décrite précédemment, et qui consiste à échanger deux ṣâ' de dattes kabîs et un ṣâ' de dattes ḥachaf contre trois ṣâ' de dattes 'adjoûa. Dans cette opération, l'un des co-contractants, faisant remarquer que l'échange de deux ṣâ' de kabîs contre trois ṣâ' de 'adjoûa ne serait pas valable, le propriétaire des kabîs y joint un ṣâ' de ḥachaf pour régulariser extérieurement l'opération. De même, ici, le propriétaire du petit-lait, en joignant du petit-lait à son beurre, le fait seulement pour se récompenser de la supériorité de son beurre sur celui de son co-contractant.

Il n'y a pas de mal à échanger de la farine contre du blé à égalité [de mesure], pourvu que la prestation de l'une des parties consiste tout entière en farine. Si l'un des contractants joignait à un demi-modd de farine un demi-modd de blé et voulait échanger cela contre un modd de blé, on retomberait dans l'hypothèse précédente et l'opération ne serait pas valable, parce qu'en joignant

de la farine à son blé, on a seulement le désir de se récompenser de la supériorité de son blé sur celui de son co-contractant (1).

CHAPITRE 23

OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR LA VENTE DES COMESTIBLES

Mâlik rapporte, d'après Moḥammed ben ʿAbd Allah ben Abou Maryam, que ce dernier interrogea Saʿîd ben El-Mosayyib en ces termes : « Je suis acheteur sur bons de denrées [importées] à El-Djâr. Or, il arrive que j'en achète pour un dinâr et un demi-dirhem. Donnerai-je des denrées [à mon vendeur] en place de ce demi-dirhem ? » — « Non, répondit Saʿîd, donne un dirhem [entier] et prends des denrées pour sa valeur (2). »

(1) D'après cela, on le voit, la farine était considérée comme ayant, à volume égal, une valeur inférieure à celle du blé. Ce fait peut sembler assez singulier au premier abord. Il s'explique pourtant simplement, si l'on songe qu'avec une mesure de blé, on fait plus d'une mesure de farine : cela est vrai surtout de la farine arabe qui n'est autre chose que du blé concassé et dont il n'y a point, comme chez nous, à défalquer le son.

(2) On a vu plus haut, ch. 16, p. 43, qu'il est interdit de couper des pièces de monnaie. Si donc un individu achète des denrées pour un dinâr et un demi-dirhem, il ne peut payer ce demi-dirhem en espèce. Comme il possède lui-même des denrées identiques à celles qu'il achète, il propose d'en donner à son vendeur pour la valeur de ce demi-dirhem. Mais ce n'est pas possible : car cette denrée, qui est l'équivalent du demi-dirhem, il la donnerait au comptant, en même temps que son dinâr. Or, c'est seulement à terme qu'il prendra livraison des denrées similaires achetées par lui : il y a donc ici, pour la valeur

Mâlik rapporte qu'il lui est parvenu que Moḥammed ben Sîrîn disait : « Ne vendez pas le blé en épis avant que les épis ne commencent à blanchir (1). »

Mâlik a dit : Un homme achète un comestible pour un prix déterminé, à un terme certain. Quand le terme arrive, celui qui doit ce comestible dit à son co-contractant : « Je n'ai point de comestible [pour te payer] ; revends-moi à terme ce comestible dont je te suis débiteur. » Son co-contractant lui dira : « Cela n'est pas permis, parce que l'Envoyé de Dieu a interdit de revendre les comestibles avant d'en avoir pris livraison (2). » Alors, le débiteur dira à son créancier : « Vends-moi, à terme, un comestible livrable quand je me serai acquitté envers toi. » Cela, non plus, n'est pas valable, parce que le débiteur ne fait que donner au créancier un comestible que ce dernier lui rendra [aussitôt]. [En réalité], l'argent que l'acheteur primitif avait donné [à son vendeur] devient le prix du

de ce demi-dirhem, un échange de denrées de même espèce où la règle de la simultanéité se trouve violée. L'opération est entachée d'usure. Il faudra donc, dans ce cas, que l'acheteur donne un dirhem entier, sauf à prendre, à l'échéance, des denrées valant un dinâr et un dirhem et non pas seulement un dinâr et un demi-dirhem.

(1) C'est-à-dire à mûrir. Ce hadits est à rapprocher de ceux qui défendent de vendre les dattes avant qu'elles ne commencent à jaunir. (Cf. plus haut, ch. 8.)

(2) L'hypothèse envisagée est la suivante : Un individu a vendu 10 mesures de blé, livrables dans trois mois ; à l'arrivée du terme, il dit à son créancier : « Revends-moi ces 10 mesures de blé, que je te payerai dans trois mois. » En réalité, cela équivaut à une résiliation de la vente, avec adjonction d'un terme pour la restitution du prix : mais cela ne peut être envisagé comme une véritable إقالة, parce que l'إقالة, on le sait (cf. p. 57, n. 2), ne comporte pas d'adjonction de terme. L'opération ne peut donc être envisagée que comme une revente d'une denrée dont le créancier n'a pas pris livraison.

comestible dont il était créancier (1), et le comestible que lui donne le vendeur primitif ne sert qu'à donner une apparence légitime à leur convention : cette opération n'est, au fond, qu'une revente avant prise de livraison (2).

Mâlik a dit : Un homme est créancier d'un comestible qu'il a acheté d'un autre. Ce dernier, étant à son tour créancier, d'un troisième individu, d'un comestible identique à celui qu'il doit, dit à son propre créancier : « Va te faire payer, par mon débiteur, de cette denrée dont je suis débiteur envers toi. » — Mâlik a dit : Dans ce cas, celui qui doit une denrée identique à celle qu'il a achetée ne fait autre chose que transférer à son créancier une denrée qu'il a achetée [et dont il n'a pas encore pris livraison] ; si [le comestible est dû] en vertu d'une vente, [une telle délégation] n'est pas valable, car elle constitue une revente de comestible avant la prise de possession (3).

(1) Et qu'il a revendu, en réalité, à son débiteur.

(2) On voit le biais que les parties peuvent songer à prendre pour masquer l'illégalité de leur convention : Au lieu de procéder directement de la façon qui a été dite plus haut, le vendeur primitif, au jour de l'échéance, dit à son acheteur : « Vends-moi 10 mesures de blé qui seront livrables quand je t'aurai payé les 10 mesures de blé que je te dois » (c'est-à-dire, par conséquent, quand tu en auras pris livraison). Un jour, ce vendeur primitif remet à son acheteur 10 mesures de blé que ce dernier doit aussitôt lui rendre, en vertu de la nouvelle convention intervenue entre eux. En réalité, cette comédie ne fait pas perdre à l'opération son caractère véritable qui est une revente, faite au vendeur, de ce qu'on a acheté et dont on n'a pas encore pris livraison. Donc, l'opération demeure illicite.

(3) Cela n'est pas valable, parce qu'en effet, l'hypothèse de délégation envisagée ici s'analyse en une revente d'une chose dont on n'a pas encore pris livraison. A vend à B 10 mesures de blé ; A, étant lui-même créancier de C de 10 mesures de blé qu'il lui a achetées, dit à B : « Va te faire payer par C les 10 mesures de blé que je te dois. » En agissant ainsi, A vend, en réalité, à B les 10 mesures de blé qu'il a achetées de C et dont il n'a pas encore pris livraison.

Mais si le comestible est dû à raison d'un Selef (1) arrivé à échéance, il n'y a pas de mal à déléguer au créancier de ce comestible une créance ayant pour objet un comestible de même espèce ; il en est ainsi, parce que le Selef n'est pas une vente. Si la vente d'un comestible avant d'en avoir pris livraison n'est pas permise, à cause de la défense formulée par l'Envoyé de Dieu, les savants s'accordent, [au contraire], à dire qu'il n'y a pas de mal à l'association dans un marché, à une cession d'achat et à une résiliation volontaire, relativement à un comestible ou à autre chose (2). Les savants considèrent que ces opérations ont le caractère d'un contrat de bienfaisance, et non le caractère d'une vente (3). De la même manière, si un homme, ayant prêté des deniers d'un titre inférieur, reçoit en payement des deniers d'un titre supérieur, qui constituent pour lui un

(1) Le Selef envisagé ici n'est pas une vente à terme, mais un prêt. Comme tel, il n'est pas, pour celui qui l'a consenti, une opération lucrative, mais un pur acte de bienfaisance. Et, à cause de cela, on admet que le prêteur pourra se faire rembourser au moyen d'une délégation, qui est interdite quand elle est faite pour le règlement d'une vente. C'est là une disposition exceptionnelle, que Mâlik compare, on va le voir, à d'autres dispositions de faveur qui constituent, comme elle, des dérogations au droit commun.

(2) Il faut bien comprendre que Mâlik ne songe nullement, dans ce passage, à assimiler la délégation qu'il permet à une des trois opérations qu'il énumère ; il veut seulement marquer que cette délégation constitue, comme ces opérations, un droit exceptionnel dérogeant au droit commun. (Cf. la note précédente.)

(3) C'est qu'en effet, le شرك, la تولية et l' إقالة ne comportent aucune augmentation ni diminution, comme on l'a déjà vu plus haut pour l' إقالة (cf. p. 56) et comme on le verra plus loin pour le شرك et la تولية (cf. ch. 41). Celui qui fait cette opération ne peut donc être considéré comme un spéculateur, tandis que celui qui revend une chose avant d'en avoir pris livraison le fait normalement dans un esprit de spéculation.

avantage, cela lui est permis et est régulier (1). Au contraire, il n'est pas licite de vendre des deniers de titre inférieur pour des deniers de titre supérieur; non plus que de stipuler des deniers d'un titre supérieur de quelqu'un à qui l'on fait une avance et à qui on remet seulement des deniers d'un titre inférieur. — Dans le même ordre d'idées, l'Envoyé de Dieu, qui a défendu la mouzâbana, a toléré la vente des ʿariyya moyennant leur estimation approximative en dattes sèches. Et la seule différence qu'il y ait entre la mouzâbana et la vente des ʿariyya, c'est que la première a un caractère de spéculation commerciale, tandis que la seconde est un contrat de bienfaisance, dans lequel on ne se propose pas de spéculer (2).

Il n'est pas licite d'acheter à terme un comestible moyennant un quart, ou un tiers, ou une fraction quelconque de dirhem, en convenant qu'on payera cette fraction en comestible. Il n'y a pas de mal, [au contraire], à acheter à terme un comestible pour une fraction de dirhem, si [l'acheteur] donne [à son vendeur] un dirhem entier et prend de ce dernier une marchandise quelconque, pour la partie de son dirhem non afférente au prix du comestible : ainsi, en effet, il donne la fraction d'argent dont il était débiteur, et, pour ce qui excède cette

(1) Pourvu, bien entendu, qu'il n'ait point stipulé que les deniers qui lui seront remboursés seront meilleurs que ceux qu'il prête. Une telle stipulation ferait perdre au prêt son caractère de bienfaisance et serait nul. (Cf. le dire d'Ibn ʿOmar dans El-Bokhâri, *L. du Prêt*, ch. XVII, trad. Houdas et Marçais, II, p. 119, où il convient de substituer aux mots « donne plus de dirhems » les mots « donne des dirhems meilleurs. ») Mais si l'emprunteur, voulant marquer sa reconnaissance à son prêteur, lui rend volontairement des deniers meilleurs, cela constitue, de sa part, une libéralité permise et que le prêteur peut très bien accepter.

(2) Cette comparaison met bien en lumière la pensée de Mâlik, telle que nous l'avons précisée dans les notes 3 et 4 de la p. 20.

fraction, il prend une marchandise ; il n'y a pas de mal à cela (1).

Il n'y a pas de mal, non plus, à ce qu'un homme dépose chez un autre un dirhem et prenne (2) de celui-ci une marchandise déterminée, pour un quart, un tiers ou une fraction déterminée de dirhem. Mais si les parties n'ont point convenu du prix et que l'acheteur ait dit : « Je prendrai de toi [la marchandise] au cours de chaque jour, » cela n'est pas permis : Alors, en effet, il y a aléa, le cours baissant ou montant, et les parties ne se sont pas séparées en concluant un marché [dont les conditions soient] fixées.

Un homme vend un comestible en bloc, sans s'en rien réserver. Ensuite, l'idée lui vient d'en racheter une partie. Il ne lui est permis d'en racheter que dans la mesure où il aurait pu s'en réserver, c'est-à-dire qu'il n'en peut racheter qu'un tiers ou moins du tiers (3). S'il dépasse cette quantité, l'opération devient une mouzâbana (4) et est, [par conséquent], illicite. Il n'est permis de racheter que ce qu'il eût été licite de se réserver. Or, quand on vend une chose, il est seulement licite de s'en réserver le tiers ou moins du tiers. Telle est la règle admise, sans controverse, parmi nous.

---

(1) Cf. le hadits de Moḥammed ben ‘Abd Allah, placé en tête de ce chapitre et la note qui l'accompagne.

(2) A des dates échelonnées et de telle manière que l'ensemble de ces livraisons successives représente la valeur d'un dirhem.

(3) Cf. plus haut, ch. 11.

(4) En effet, on rachète alors, à la mesure, une partie de ce qu'on a vendu en bloc ; cela s'analyse bien en l'échange d'une denrée en bloc, moyennant un certain nombre de mesures de cette denrée.

CHAPITRE 24

DE L'ACCAPAREMENT ET DU FAIT D'ATTENDRE L'OCCASION FAVORABLE (تربّص) (1)

Mâlik rapporte qu'il lui est parvenu que 'Omar ben El-Khaṭṭâb a dit : « Pas d'accaparement sur notre soûq ! Que des hommes possédant plus d'or qu'il ne leur est nécessaire ne se proposent pas d'accaparer, à notre détriment, les ressources que Dieu fait croître autour de nos demeures ! Mais à quiconque apporte des marchandises sur son dos, travaillant l'hiver et l'été, 'Omar servira d'hôte. Que celui-là vende comme il lui plaira et qu'il refuse de vendre comme il lui plaira (2). »

Mâlik, d'après Younes ben Yousouf, d'après Sa'îd ben El-Mosayyib, rapporte que 'Omar ben El-Khaṭṭâb rencontra Ḥâṭib ben Abou Balta'a vendant des raisins secs sur le soûq. 'Omar ben El-Khaṭṭâb lui dit : « Augmente ton prix (3) *ou sors de notre soûq.* »

Mâlik rapporte qu'il lui est parvenu que 'Otsmân ben 'Affân défendait l'accaparement.

---

(1) Sur l'accaparement, cf. El-Bokhâri, *L. des V.*, ch. 54, et notre examen sur ce chapitre (*loc. cit.*, p. 96 et s.). Aucun des hadits cités par Mâlik dans ce chapitre ne se trouve dans El-Bokhâri. Ils ne figurent pas, non plus, dans Moslim (cf. Moslim, t. VII, p. ٥٠ et s.).

(2) Tel est bien le sens fourni par le texte de Mâlik ; d'après Ez-Zourqâni, il faut comprendre : « Que celui-là vende comme il plaira à Dieu et qu'il refuse de vendre comme il plaira à Dieu. » Au fond, dans la façon de parler des Arabes, les deux choses reviennent au même.

(3) Pour vendre dans les mêmes conditions que les autres marchands. Ce qui est défendu, on le voit, ce n'est pas seulement d'accaparer une marchandise au détriment du public, c'est également d'accaparer les chalands, en vendant meilleur marché que les autres marchands.

CHAPITRE 25

CE QUI EST LICITE EN FAIT D'ÉCHANGE D'ANIMAUX LES UNS CONTRE LES AUTRES, ET DU SELEF PORTANT SUR DES ANIMAUX.

Mâlik rapporte, d'après Ṣâliḥ ben Kaîsân, d'après Ḥasan ben Moḥammed ben ʿAli ben Abou Ṭâlib, que ʿAli ben Abou Ṭâlib vendit un chameau, appelé ʿOuṣaîfîr, moyennant vingt chameaux de charge [payables] à terme (1).

Mâlik rapporte, d'après Nâfiʿ, que ʿAbd Allah ben ʿOmar acheta un chameau de course, moyennant quatre chameaux de charge, que son co-contractant promit de lui livrer à Er-Rabadha (2).

Mâlik rapporte qu'il interrogea Ibn Chihâb au sujet de la vente des animaux faite à deux contre un [et] à terme (3). *Ibn Chihâb lui dit : « Il n'y a pas de mal à cela* (4). »

Mâlik a dit : La règle universellement admise chez nous, c'est qu'il n'y a pas de mal à [échanger] un chameau contre un chameau du même genre et une soulte en

(1) Cette tradition ne figure ni dans El-Bokhâri, ni dans Moslim.

(2) Localité entre La Mecque et Médine. Cf. El-Bokhâri, *L. des V.*, tardjouma du ch. 108.

(3) بيع الحيوان اثنين بواحد إلى أجل. Sur le sens de cette formule, cf. p. 3, n. 1.

(4) Cf., sur l'échange d'esclaves contre esclaves et d'animaux contre animaux de la même espèce, le ch. 1 en entier et, en particulier, la n. 1 de la p. 2; cf. également : Arin, *loc. cit.*, p. 105 et s.; Peltier, *L. des V.* d'El-Bokhâri, p. 200 et s.

argent, de la main à la main (1). Il n'y a pas de mal, [non plus], à [échanger] un chameau contre un chameau du même genre et une soulte en argent, le chameau contre le chameau de la main à la main (2) et l'argent à terme. [Au contraire], il est interdit d'échanger un chameau contre un chameau du même genre et une soulte en argent, l'argent étant payé comptant et le chameau à terme. Si le chameau et l'argent sont tous deux à terme, l'opération est également illicite (3).

(1) C'est-à-dire, toutes les prestations étant effectuées au comptant.

(2) C'est-à-dire, les deux chameaux étant échangés au comptant.

(3) L'interprétation de ce passage n'est pas sans présenter des difficultés. Mâlik, on le sait, n'admet pas une complète liberté dans les échanges d'animaux de la même espèce. Ces échanges ne sont dispensés de l'égalité et de la simultanéité que si les animaux sur lesquels ils portent présentent de notables différences. Des chameaux de même genre ne peuvent donc, en principe, être échangés qu'à égalité et au comptant. On leur applique les règles admises pour les échanges de denrées usuraires, avec un tempérament, pourtant. Il se peut, en effet, que des chameaux du même genre présentent des différences de valeur appréciables : Aussi, nous dit Mâlik, sera-t-il permis d'échanger un chameau contre un chameau du même genre, avec une soulte en argent (لا بأس بالجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم). Mais cette opération ne sera licite que si les deux chameaux sont échangés au comptant ; seul, le payement de la soulte peut être affecté d'un terme. Pourquoi cela ? En voici, je crois, l'explication : Quand les deux chameaux sont échangés au comptant, la soulte (payée au comptant ou à terme, peu importe) s'explique nécessairement par une différence de valeur entre les deux bêtes et a ainsi une cause légitime. Si, au contraire, la prestation du chameau est ajournée, on peut craindre que la soulte que paye son propriétaire n'ait pas sa cause dans une différence de valeur entre les deux bêtes, mais soit le prix de l'ajournement de la livraison du chameau. Cet ajournement permet, à celui qui l'a stipulé, de jouir des deux chameaux : celui dont il a reçu livraison de son co-contractant et celui qu'il ne livrera que plus tard. L'opération prend, dès lors, le caractère d'un Selef portant sur des animaux, Selef dans lequel la soulte en argent joue, pour ainsi dire, le rôle d'intérêts. Une telle convention est entachée d'usure et, par conséquent, interdite.

Il n'y a pas de mal à acheter un chameau rapide à la course moyennant deux ou plusieurs chameaux de charge, faisant partie du rebut du troupeau, même s'ils sont du même troupeau. Il n'y a pas de mal à les échanger à deux contre un ou à terme, pourvu qu'ils soient différents et que cette différence soit évidente. S'ils se ressemblent, bien qu'appartenant à des races différentes, et ne diffèrent pas les uns des autres, on ne les échangera ni à deux contre un, ni à terme. Voici, précisément, ce qu'on réprouve en cette matière : On réprouve qu'un individu prenne un chameau pour deux, quand il n'y a point entre ces bêtes de différence, ni au point de vue de la rapidité, ni à celui de la force. Quand il en est ainsi, qu'on ne les échange ni à deux contre un, ni à terme.

Il n'y a pas de mal à revendre un animal qu'on a acheté avant d'en avoir pris livraison (1), pourvu que ce soit à un autre que celui de qui on l'a acheté (2) et que le prix soit payé comptant (3).

Si quelqu'un consent une avance et paye immédiatement le prix d'un animal [livrable] à un terme certain (4) et qui a

(1) Mâlik, on le voit, n'étend pas aux animaux la règle formulée, par le Prophète, pour les comestibles. Les Chaféites et les Hanéfites font, au contraire, cette extension. (Cf., au *L. des V.* d'El-Bokhâri, notre examen du ch. 55, p. 99 et s.)

(2) Il est aisé de voir la raison de cette disposition. La revente, intervenant entre les mêmes parties, est bien suspecte, en effet, et ne peut avoir d'autre but que de tourner les prohibitions légales sur l'usure. Primus achète de Secundus, moyennant 100, un chameau livrable dans trois mois, que Secundus rachète sur-le-champ pour 110 : ce que les parties ont voulu faire, c'est, en réalité, un prêt à intérêt.

(3) Le prix doit être payé comptant, car, sans cela, il y aurait échange de la créance ayant pour objet le chameau contre une créance d'argent : il y aurait كالئ بكالئ, ce qui est interdit. (Cf. plus bas, ch. 31.)

(4) Sur la nécessité du terme certain, en matière de Selef, cf. El-Bokhâri, *L. du Selef,* ch. 7 et 8 (dans Peltier, *loc. cit.*, p. 228 et s.).

fait l'objet d'une description précise (1), c'est valable. Le vendeur et l'acheteur doivent s'en tenir à la description (2). Cette opération a toujours été licitement pratiquée et approuvée par les savants de notre pays.

CHAPITRE 26

DE CE QUI N'EST POINT PERMIS DANS LES VENTES D'ANIMAUX

Mâlik rapporte, d'après Nâfi', d'après 'Abd Allah ben 'Omar, que l'Envoyé de Dieu a défendu la vente « ḥabal el-ḥabala ». C'était une vente qui se pratiquait au temps de l'Ignorance. Un homme achetait un chameau de boucherie pour le temps où, une chamelle ayant mis bas un rejeton [femelle], ce rejeton mettrait bas à son tour (3).

Mâlik, d'après Ibn Chihâb, d'après Sa'îd El-Mosayyib, rapporte que ce dernier a dit : « Il n'y a pas d'usure relativement aux animaux. Relativement aux animaux, trois choses seulement sont interdites : les maḍâmîn, les malâqîḥ et le ḥabal el-ḥabala. Les maḍâmîn, c'est la vente de ce qui

(1) Ces mots nous montrent que la dette dont l'animal est l'objet est une dette de genre, non une dette de corps certain. Mâlik nous dira d'ailleurs bientôt, expressément (cf. ch. 26, *in fine*), que l'avance du prix d'un animal individualisé est défendue.

(2) C'est-à-dire que le vendeur ne peut livrer un animal inférieur à celui qu'il a promis, ni l'acheteur en exiger un meilleur.

(3) Ce hadits figure dans El-Bokhâri, *L. des V.*, ch. 61, et dans Moslim, VI, p. ٤٤١. — Sur l'opération, évidemment entachée d'aléa, dont il s'agit ici, cf. le chapitre intéressant que lui consacre M. Arin (*loc. cit.*, p. 46 et s.); cf. également notre examen sur le ch. 61 d'El-Bokhâri (*loc. cit.*, p. 114 et s.).

est dans le ventre des chamelles (1) ; *les malâqîḥ, c'est la vente de ce qui est dans les reins des chameaux mâles* (2). »

Mâlik a dit : On ne doit acheter aucun animal individualisé, sous la condition d'en payer le prix comptant, si cet animal est absent. [Il en est ainsi], alors même qu'on l'a vu et agréé [précédemment] ; il en est ainsi, que l'animal soit proche ou éloigné. Cette opération est réprouvée, parce que le vendeur tire immédiatement profit du prix, alors qu'on ne sait pas si la chose vendue se trouvera, ou non, [lors de la livraison], dans l'état où elle était quand le vendeur l'a vue. On peut, au contraire, payer le prix comptant, si la vente porte, [non sur un corps certain], mais sur un animal simplement décrit et dont la livraison est garantie (3).

CHAPITRE 27

DE LA VENTE DES ANIMAUX VIVANTS, MOYENNANT DE LA VIANDE

Mâlik rapporte, d'après Zaîd ben Âslam, que Sa'îd ben El-Mosayyib a dit : « *L'Envoyé de Dieu a défendu de vendre des animaux pour de la viande* (4). »

(1) Sur cette vente, évidemment aléatoire, cf. Arin, *loc. cit.*, p. 46.

(2) En d'autres termes, c'est la vente de la saillie d'un étalon (ou, plus exactement, la vente de son sperme) ; sur cette opération aléatoire, cf. Arin, *loc. cit.*, p. 45.

(3) Ce qui veut dire : quand la vente est non une vente de corps certain, mais une vente de genre. Cf., plus haut, p. 73, n. 1.

(4) Cette tradition ne figure, à notre connaissance, dans aucun des deux Çaḥiḥ. L'opération, disent les commentateurs, est une sorte de mouzâbana, puisqu'elle consiste à échanger une chose en bloc (l'animal) contre tant de livres de choses de même nature (la viande).

Mâlik rapporte, d'après Dâwoud El-Ḥoṣaïn, que ce dernier a entendu Sa'îd El-Mosayyib dire : « Parmi les jeux de hasard (1) *des gens de l'Ignorance, il y avait la vente d'animaux, moyennant de la viande* (2). »

Mâlik, d'après Abou Ez-Zinâd, rapporte que Sa'îd El-Mosayyib disait : « La vente des animaux contre de la viande est interdite. » Abou Ez-Zinâd a dit : « Je demandai à Sa'îd ben El-Mosayyib : Que penses-tu d'un homme qui achète une vieille chamelle, moyennant dix brebis ? » Sa'îd répondit : « S'il l'achète pour l'égorger, ce n'est pas bon. » Abou Ez-Zinâd a dit : « Tous les gens que j'ai consultés défendent la vente des animaux, moyennant de la viande. Au temps d'Âbân ben 'Otsmân et de Hichâm ben Ismâ'îl (3), *il était écrit, dans les actes d'investiture des gouverneurs* (4), *qu'ils eussent à défendre cette opération.*

---

(1) Le mot employé par le texte est ميسر, qui désigne proprement le jeu des flèches.

(2) بيع الحيوان باللحم. Après ces mots, on lit dans le texte : بالشاة والشاتين. Il nous est impossible de comprendre ce que cela signifie. Cela veut-il dire que le jeu consistait à échanger une brebis vivante contre la viande de deux brebis ? Nous n'osons dire ni oui, ni non.

(3) Ces deux personnages furent successivement gouverneurs de Médine. C'est en 82 H. qu'Âbân ben 'Otsmân, ayant été révoqué, fut remplacé par Hichâm ben Ismâ'îl. Cf. Tabari, II, p. ١٠٨٥.

(4) في عهود العمال, porte le texte. Le mot عهد nous paraît avoir ici le sens d'acte d'investiture. Ces actes d'investiture précisaient, sans doute, la ligne de conduite que les gouverneurs devaient tenir dans les pays soumis à leur autorité, un peu à la manière des commissions délivrées jadis chez nous aux intendants et autres représentants du roi dans les provinces.

CHAPITRE 28

DE L'ÉCHANGE DE LA VIANDE CONTRE LA VIANDE

Mâlik a dit : L'usage universellement admis parmi nous, c'est que les viandes de chameau, de bœuf, de mouton et des bêtes sauvages qui leur ressemblent, ne peuvent être échangées [les unes contre les autres] qu'à égalité de poids et de la main à la main (1). Il n'y a pas de mal à cela, même quand on ne procède pas à une pesée, pourvu que les parties s'efforcent d'observer une égalité approximative et fassent l'échange de la main à la main.

Il n'y a pas de mal à [échanger] la viande des poissons contre celle des bœufs, des chameaux, des moutons et des animaux sauvages qui leur ressemblent, à un contre deux ou plus, de la main à la main (2). Si l'on introduit un terme dans ces échanges, cela n'est pas licite.

J'estime que toutes les viandes des oiseaux sont d'une espèce différente de celles des quadrupèdes et de celles des poissons, et je ne vois pas de mal à ce qu'on les échange les unes contre les autres à inégalité, pourvu que ce soit de la main à la main et sans introduction de terme.

---

(1) C'est-à-dire qu'elles sont considérées comme des denrées usuraires d'une seule et même espèce.

(2) C'est dire que la chair des poissons et celle des quadrupèdes sont considérées comme étant des denrées d'une même *catégorie*, mais d'*espèces* différentes.

CHAPITRE 29

DU PRIX DU CHIEN

Mâlik rapporte, d'après Ibn Chihâb, d'après Abou Bakr bèn 'Abd Er-Raḥmân, d'après Abou Mas'oûd El-'Anṣâri, que l'Envoyé de Dieu a défendu le prix du chien, le salaire de la prostituée, les honoraires du devin. Le salaire de la prostituée, c'est ce qu'une femme se fait donner pour la fornication; et les honoraires du devin, c'est le présent qu'on lui donne pour qu'il dise l'avenir (1).

Mâlik a dit : Je réprouve le prix du chien de chasse, comme de celui qui n'est pas dressé pour la chasse, à cause de la défense de l'Envoyé de Dieu qui a interdit le prix du chien [d'une façon générale] (2).

CHAPITRE 30

DU SELEF ET DE LA VENTE DES OBJETS MOBILIERS, LES UNS CONTRE LES AUTRES

Mâlik rapporte qu'il lui est parvenu que l'Envoyé de Dieu a défendu vente et Selef (3).

Mâlik a dit : Voici l'explication [de ce hadits] : Un homme

(1) Cf. El-Bokhâri, *L. des V.*, ch. 113, h. 1; et Moslim, VI, p. ٥٤٩ et s.

(2) C'est là la doctrine générale des Musulmans. Tandis qu'on ne peut posséder légitimement un chien pour le seul plaisir, on peut en posséder un pour la chasse. Mais le chien de chasse lui-même, qui peut faire l'objet d'une donation ou d'un legs, ne peut pas faire l'objet d'une vente. (Cf. PELTIER, *L. des V.* d'El-Bokhâri, p. 213.)

(3) Cette tradition, dont Mâlik lui-même va nous expliquer le sens, ne figure, à notre connaissance, dans aucun des deux Çaḥiḥ.

dit à un autre : « J'achète ta marchandise pour tant, sous la condition que tu me prêtes tant et tant. » Une vente conclue sous cette condition n'est pas valable. Si celui qui a stipulé le Selef renonce à cette stipulation, la vente devient licite (1).

Il n'y a pas de mal (2) à acheter un vêtement de coton, ou un vêtement de Chaṭâ (3), ou un vêtement de toile de lin très fine (4), moyennant des vêtements d'Itrîb (5), ou des qassi (6), ou des zîqa (7); [il n'y a pas de mal, non plus,

(1) Le prêt (Selef) est, par essence, un contrat de bienfaisance ; il perd ce caractère quand on en fait la condition d'une vente. Une telle condition est donc illicite, et la vente, elle-même, étant subordonnée à une condition illicite, est nulle. Si les parties effacent volontairement cette condition, le vice disparaît et la vente devient valable. On sait qu'El-Bokhâri semble professer une doctrine différente, relativement aux conditions illicites dans la vente : il paraît effacer la condition illicite et tenir, dès lors, la vente pour valable. (Cf. Peltier, *L. des V. d'El-Bokhâri*, p. 138 et s.)

(2) Dans les développements qui vont suivre, Mâlik ne s'occupe plus de la combinaison du Selef et de la vente. Il étudie simplement les règles auxquelles sont soumis les échanges d'objets mobiliers, les uns contre les autres.

(3) الشَّطَوِيّ, dit le texte. شَطَوِيّ est un adjectif relatif, tiré de شطا, nom d'une ville d'Égypte qui n'est autre que Damiette ; cf. Ali Bey Bahgat, *Les Manufactures d'étoffes en Égypte au moyen âge*, p. 12, n. 1, Le Caire, 1904. Nous laissons aux spécialistes le soin de déterminer la nature de ce vêtement et de ceux dont il est parlé dans la suite du texte.

(4) القَصَبِيّ, dit le texte. Nous avons traduit ce mot en nous basant sur les indications du commentaire d'Ez-Zourqâni.

(5) Ou Atrîb ; district d'Égypte.

(6) Ou gassi ; l'origine du nom de ces vêtements est incertaine (cf. Yâqoût, iv, 94). Le Prophète en aurait interdit l'usage (cf. El-Bokhâri, libâs n° 28). En tous les cas, l'étymologie indiquée par Ez-Zourqâni (ethnique de قَيس) est inadmissible.

(7) Nous ne possédons aucun renseignement sur ces vêtements, ni sur l'étymologie du nom qui les désigne. Celle d'Ez-Zourqâni, qui le fait venir de Zîq, district du Nisâbour, est inadmissible.

à échanger] un vêtement de Harâ ou de Merw contre des milḥafa de l'Yemen, ou des chouqqa (1), ou des choses de ce genre, à raison d'un contre deux ou trois, de la main à la main ou à terme (2). Mais si les vêtements sont d'une même espèce, il n'est ni bon ni licite de les échanger à terme (3), à moins qu'il n'y ait entre eux une différence spécifique évidente. S'ils se ressemblent, bien que portant des noms différents, qu'on ne les échange pas à deux contre un ou à terme (4) : c'est ainsi qu'on ne peut échanger deux vêtements de Harâ contre un vêtement de Merw ou du Qoûhistâ (5), à terme ; ni deux fourqoubi (6) contre un chaṭaoui (7). Si d'autres vêtements sont dans le même rapport que ceux dont on vient de parler, qu'on ne les échange pas à deux contre un ou à terme.

Il n'y a pas d'inconvénient à revendre à un tiers,

(1) Sorte d'izar étroit.

(2) Les échanges de vêtements contre des vêtements différents sont donc absolument libres ; aucune des deux règles qui président aux échanges des denrées usuraires ne leur est applicable.

(3) Des vêtements de même espèce ne peuvent être échangés à terme ; mais si ces vêtements, tout en étant de même espèce, sont de qualités différentes, ils pourront, *au comptant*, être échangés à inégalité : c'est ce qu'on peut déjà induire de notre passage, où Mâlik ne joint pas aux mots إلى أجل les mots مثلا بمثل ; c'est ce qui résulte plus clairement encore du dernier paragraphe du ch. 31.

(4) Il convient de rapprocher tout ce développement de celui consacré aux échanges d'animaux contre des animaux de même genre (ch. 25, p. 70 et s.). Les échanges de vêtements contre des vêtements obéissent, on le voit, absolument aux mêmes règles.

(5) C'est, d'après les lexicographes, un vêtement d'étoffe blanche.

(6) C'est, paraît-il, un vêtement ample et blanc.

(7) Cf. n. 3, p. 78.

avant d'en avoir pris possession, [le vêtement] qu'on a acheté, pourvu que le prix [de la revente] soit payé au comptant (1).

CHAPITRE 31

DES OPÉRATIONS A TERME RELATIVES AUX OBJETS MOBILIERS

Mâlik rapporte, d'après Yaḥia ben Sa'îd, d'après El-Qâsim ben Moḥammed, que ce dernier a entendu 'Abd Allah ben 'Abbâs tenir le propos suivant : Interrogé par quelqu'un au sujet d'un homme qui avait avancé le prix d'étoffes [livrables à terme] et qui voulait les revendre avant d'en avoir pris possession, il répondit : « Cela, c'est argent contre argent. » Et il défendit une semblable opération (2).

Mâlik a dit : Voici, je crois (mais Dieu est plus savant), ce que cela signifie : L'homme en question voulait revendre

(1) Ceci est la reproduction de la règle formulée au ch. 25, p. 72, pour les reventes d'animaux. Nous n'avons donc, ici, qu'à renvoyer aux explications données en notes sous ce passage. Le parallélisme entre les ventes de vêtements et celles d'animaux est, on le voit, parfait.

(2) El-Bokhâri (*L. des V.*, ch. 54, h. 2) rapporte cette tradition, d'après un autre isnâd et avec une variante très importante : D'après El-Bokhâri, en effet, c'est au sujet de la revente de comestibles que Ibn 'Abbâs aurait tenu ce propos ; ce qui simplifie bien les choses, puisque la revente des comestibles avant prise de possession est, comme on sait, toujours interdite. Le propos est plus difficile à interpréter relativement à des étoffes, dont la revente est, en principe, licite avant prise de possession. L'explication que Mâlik donne de ce hadits, et qui le suit immédiatement, est la plus vraisemblable.

les étoffes à son co-contractant pour un prix supérieur à celui moyennant lequel il les avait achetées. S'il s'était proposé de les revendre à un autre que celui qui les lui avait vendues, il n'y aurait pas eu de mal à cela (1).

Voici l'usage universellement admis parmi nous relativement à celui qui avance le prix d'un esclave, ou d'un animal, ou d'un meuble, [livrables à terme] et déterminés seulement *in genere* (2) : L'avance ayant été faite et le moment de livrer la chose vendue étant arrivé, l'acheteur (3) n'a pas le droit de revendre cette chose à son vendeur (4), avant d'en avoir pris livraison, pour un prix supérieur à celui dont lui, acheteur, a fait l'avance. Agir ainsi, c'est faire de l'usure. Quand, en effet, l'acheteur revend la chose pour plus qu'il n'a avancé, le résultat est simplement que le vendeur rend les deniers qui lui ont été avancés, avec quelque chose en plus (5).

Un homme a avancé de l'or ou de l'argent pour prix d'une chose, animal ou meuble, désignée seulement *in genere* et livrable à un terme convenu. Ce terme arrive à échéance. Il n'y a pas de mal à ce que l'acheteur, avant

(1) Cf. plus haut, ch. 25, p. 72, la même règle formulée relativement aux reventes d'animaux avant prise de possession.

(2) On sait, en effet, que si l'esclave, l'animal, le meuble, objet de la vente, est un corps certain, il est interdit d'en avancer le prix. (Cf. plus haut, p. 73, n. 1, et ch. 26, *in fine*, p. 74).

(3) Qui a fait l'avance.

(4) Qui a reçu l'avance.

(5) Nous avons pris quelques libertés avec l'arabe, ici très diffus, mais nous en avons respecté le sens, très simple au fond. De ce passage, il résulte qu'il est impossible à celui qui a avancé le prix d'une chose achetée par lui de la revendre à son vendeur, pour une somme d'argent plus forte, avant que cette chose ne lui ait été livrée. Dans le paragraphe suivant, on va voir qu'une semblable revente est, au contraire, libre, si elle est faite pour autre chose que de l'argent. C'est parfaitement conforme, d'ailleurs, à la logique du système musulman.

l'arrivée du terme ou après (1), revende cette chose à son vendeur pour un objet mobilier quelconque, autre que de l'argent, qui lui est livré sur-le-champ et sans délai (2), quelle que soit la valeur de cet objet mobilier. Exception est faite pour le cas où l'objet pour lequel on a fait l'avance est un comestible, parce qu'il n'est pas permis de revendre un comestible avant prise de possession.

Si l'acheteur revend la marchandise (3) à un tiers, moyennant de l'or, de l'argent (4) ou un meuble quelconque, qu'il prenne possession de ce prix immédiatement et sans délai. Si l'on en ajournait la livraison, ce serait illicite : il y aurait, en effet, el-kâli bi el-kâli. Le kâli bi el-kâli, c'est la vente d'une créance à terme qu'on a contre quelqu'un, moyennant une créance à terme que le co-contractant a contre un tiers (5).

(1) L'opération pouvant se faire avant l'arrivée du terme ou après, c'est-à-dire à un moment quelconque, il n'y avait pas lieu de supposer, comme le fait Mâlik quelques mots auparavant, que le terme est arrivé à échéance. De pareilles inconséquences ne sont pas rares chez notre auteur.

(2) S'il y avait un terme pour la livraison de cet objet, il y aurait الكالئ بالكالئ, échange d'une créance contre une créance : En effet, la chose qui faisait l'objet de la première vente était une chose de genre, non un corps certain ; l'acheteur primitif n'a donc pu en devenir propriétaire avant d'en avoir reçu livraison : il est simplement créancier de cette chose qu'il ne peut revendre pour une créance. Si l'objet de la vente primitive était un corps certain, l'acheteur primitif en serait devenu propriétaire immédiatement et pourrait, par conséquent, la revendre, avant toute prise de possession, pour un prix payable à terme. C'est ce que Mâlik explique très clairement, plus bas, au chap. 32.

(3) Relativement à laquelle il a consenti l'avance et dont il n'a pas encore pris livraison.

(4) La revente étant faite à un tiers, son prix, quel qu'en soit le montant, peut très bien consister en or ou en argent. Si elle intervenait entre parties, un tel prix serait illicite, s'il était supérieur au prix primitif.

(5) Cf. ch. 25, p. 72, texte et n. 3.

Un homme, ayant avancé le prix d'une marchandise livrable à terme et qui n'est point une chose qui se mange ou se boive, peut, avant d'en avoir pris livraison, la revendre, moyennant de l'argent comptant ou un objet mobilier quelconque, à toute personne autre que son vendeur. Il n'est permis de la revendre à son vendeur que moyennant un objet mobilier autre que de l'argent, et cet objet doit être livré sans délai. Même si la marchandise relativement à laquelle l'avance a été faite n'est pas encore exigible, il n'y a pas de mal à la revendre à son co-contractant pour une chose mobilière d'espèce manifestement différente dont la livraison doit être immédiate (1).

Mâlik a dit : Un homme consent l'avance de dinârs ou de dirhems qui sont le prix de quatre vêtements d'une qualité déterminée, livrables à un terme convenu. Quand le moment arrive pour le créancier d'exiger la livraison de ces vêtements, il n'en trouve point de tels chez son débiteur ; il y trouve seulement des vêtements de même espèce, mais de qualité inférieure. Le débiteur dit alors : « En place de ce que je te dois, je te donnerai huit de ces vêtements. » Il n'y a pas de mal à cela, pourvu que le créancier prenne les vêtements avant de se séparer de son débiteur. Si l'on y introduisait un terme, l'opération ne serait pas licite (2). Même si elle intervenait avant l'échéance du terme [introduit dans la vente primitive],

(1) Dans ce paragraphe, Mâlik se borne à résumer les règles exposées précédemment.

(2) L'opération décrite ici revient, en somme, à échanger quatre vêtements d'une espèce déterminée, mais de qualité supérieure, contre huit vêtements de la même espèce, mais de qualité inférieure. La différence de qualité fait que l'échange à inégalité est licite ; mais l'identité d'espèce fait que l'échange à terme est illicite (cf. plus haut, p. 79, texte et n. 3). De là la nécessité pour le créancier de prendre livraison des huit vêtements avant de quitter son débiteur.

il ne deviendrait pas licite d'ajourner la livraison des vêtements, à moins qu'ils ne soient pas de la même espèce que ceux à l'occasion desquels le Selef a été consenti (1).

CHAPITRE 32

DE LA VENTE DU CUIVRE, DU FER ET DE CHOSES ANALOGUES QUI SE PÈSENT

Mâlik a dit : La règle admise parmi nous est la suivante : Pour les choses qui se pèsent (autres que l'or et l'argent), telles que le cuivre rouge (naḥâs), le cuivre jaune (chabah), le plomb (raṣâṣ), l'ânouk (2), le fer, les qaḍb (3), les figues (4), le coton, etc., il n'y a pas de mal à faire des échanges portant sur une même espèce à deux contre un, de la main à la main (5). Ainsi, il n'y a pas de mal à prendre

(1) Dans ce cas, en effet, l'opération revient à échanger des vêtements d'une espèce contre des vêtements d'une autre espèce : or, ces échanges sont absolument libres et peuvent se faire à terme (cf. plus haut, ch. 30, p. 79, texte et n. 2).

(2) C'est, paraît-il, une espèce particulière de plomb.

(3) Sorte d'herbages ; cf. plus haut, p. 28, n. 3.

(4) التين. Il nous paraît très extraordinaire de voir figurer les figues dans cette énumération : les figues, en effet, étant des comestibles, sont des denrées usuraires et ne doivent, comme telles, être échangées qu'à égalité. Il est très probable que le texte est altéré et qu'au lieu de تين, il faut lire تبن, paille. Cela est d'autant plus vraisemblable que Mâlik vient de citer les qaḍb qui, comme la paille, servent à l'alimentation des animaux.

(5) La question de savoir si les métaux autres que l'or et l'argent sont ou non des denrées usuraires est très controversée. Les Hanéfites étendent à tous les métaux les règles formulées expressément pour les deux métaux précieux. Les Chaféites admettent, au contraire,

un riṭl de fer moyennant deux riṭl de fer, un riṭl de cuivre moyennant deux riṭl de cuivre. Mais il n'est pas bon, quand on fait un échange à inégalité de poids portant sur deux choses de même espèce, d'introduire un délai dans l'opération (1).

Si les choses échangées sont de deux espèces différentes et que cette différence soit évidente, il n'y a pas de mal à deux contre un à terme. Si les choses sont très voisines, quoiqu'elles diffèrent par le nom (comme sont le raṣâs et l'ânouk, le naḥâs et le chabah), il est répréhensible de les échanger à deux contre un à terme (2).

Pour toutes les choses de cette classe, il n'y a pas de mal à ce que tu les revendes, avant prise de possession, à

que les échanges de cuivre contre du cuivre, de fer contre du fer, etc., sont absolument libres. Mâlik suit, en cette matière, une opinion très particulière. Il fait des métaux autres que l'or et l'argent (et aussi des autres denrées qui se pèsent et ne sont pas des comestibles) une classe particulière de marchandises, soumises à la loi de la simultanéité, mais non de l'égalité : ce sont, pourrait-on dire, des denrées semi-usuraires. Il est assez aisé de justifier, au point de vue pratique, la solution de Mâlik. Échanger au comptant un riṭl de fer contre deux riṭl de fer n'est point une opération dangereuse ; si les parties consentent à cette inégalité, cela s'explique évidemment par la différence de qualité entre les choses échangées. Au contraire, la crainte de spéculation usuraire reparaît, si l'une des prestations est ajournée : l'inégalité peut être alors, non la conséquence d'une différence de qualité, mais le prix illicite de l'ajournement de la livraison.

Il convient de rapprocher des solutions admises ici par Mâlik celles que nous avons trouvées plus haut pour l'échange de vêtements contre des vêtements de même espèce. (Cf. p. 79, texte et n. 3.)

(1) A prendre cette phrase à la lettre, c'est seulement quand il est fait à inégalité que l'échange doit être fait au comptant. S'il était fait à égalité, une des prestations pouvait, semble-t-il, être affectée d'un terme. Ces échanges, en se conformant à l'une quelconque des deux conditions auxquelles sont soumis les échanges des denrées usuraires véritables, se trouvaient donc dispensés de l'autre.

(2) Mais on peut les échanger à deux contre un au comptant ou à un contre un à terme. (Cf. les deux notes précédentes.)

un autre qu'à celui de qui tu les a achetées. Mais tu toucheras immédiatement le prix [de revente], si tu as acheté à la mesure ou au poids. Si, au contraire, tu as acheté en bloc, tu peux, [avant prise de possession], revendre à un autre que ton vendeur, au comptant ou à terme. [La raison de cette différence], c'est que les risques sont pour toi quand tu as acheté en bloc (1), tandis que les risques ne sont pas pour toi quand tu as acheté au poids ; ils ne commencent à être pour toi que quand il a été procédé au pesage et que tu as pris livraison. Telles sont les solutions que je préfère parmi celles que j'ai apprises relativement à ces choses ; ce sont celles qu'on a toujours adoptées parmi nous.

L'usage, parmi nous, est le suivant (2) : Pour tout ce qui

(1) وذلك ان ضمانه منك اذا اشتريته جزافا ; le commentateur explique très bien pourquoi il en est ainsi : لدخوله في ملكك بالعقد. Ce passage de Mâlik est très important ; c'est un de ceux qui démontrent le mieux qu'en droit musulman, la propriété est transférée à l'acheteur, indépendamment de la livraison et par la seule convention, toutes les fois que c'est possible, c'est-à-dire toutes les fois que la vente porte sur un corps certain. Dans l'hypothèse envisagée, on a acheté un bloc, c'est-à-dire une chose individuellement déterminée, un corps certain. L'acheteur en devient donc propriétaire par le seul effet de la convention ; en conséquence, il peut le revendre immédiatement sans violer la règle لا بيع الكالئ بالكالئ : Ce qu'il vend, en effet, ce n'est pas une créance, mais une chose dont il est déjà propriétaire. Il en est tout autrement quand il revend, avant prise de possession, une chose non individualisée encore et qui ne le sera que par un pesage préalable. Jusqu'à la livraison consécutive de ce pesage, l'acheteur n'est que créancier de la chose ; si donc il la revend avant la livraison, ce qu'il vend, c'est, en réalité, une créance. Le prix de la revente doit, dans ce cas, être payé au comptant, car, s'il était payable à terme, il y aurait بيع الكالئ بالكالئ, vente d'une créance contre une créance.

(2) Dans ce paragraphe, Mâlik ne fait qu'étendre à toutes les *choses pesables ou mesurables autres que des comestibles,* les règles posées précédemment pour le fer, le cuivre et quelques autres substances. De toutes les choses pesables ou mesurables non usuraires, il fait donc ce que nous avons appelé des denrées semi-usuraires.

se mesure ou se pèse parmi les choses qui ne se mangent ni ne se boivent, comme le carthame, les noyaux de dattes, les feuilles abattues (1), le katam (2) et choses analogues, il n'y a pas de mal à échanger des denrées de même espèce à deux contre un, de la main à la main. Mais on n'échangera pas des denrées de même espèce à deux contre un et à terme. Si elles sont d'espèces différentes et que cette différence soit évidente, il n'y a pas de mal à en prendre deux contre un à terme. Il n'y a pas de mal, non plus, à revendre ces denrées, avant d'en avoir pris livraison, à une autre personne qu'à son co-contractant, pourvu que le prix [de revente] soit payé comptant.

Echanger une chose quelconque susceptible de quelque utilité (quand ce ne serait que des petits cailloux ou du plâtre) contre une chose semblable, à raison de un contre deux et à terme, c'est usure (3). Si un tel échange se fait à quantité égale, mais si, à une des deux prestations, on ajoute une autre chose, de quelque nature que ce soit, et si l'on introduit un terme dans l'opération, c'est également usure.

---

(1) Cf. plus haut, p. 28, n. 1, 2 et 4.

(2) Plante employée pour teindre les cheveux en noir. — Cf. Ibn Beïthâr, III, p. 144.

(3) Cette phrase élargit encore le cercle des denrées semi-usuraires : Mâlik étend, en somme, ce caractère à toutes les choses fongibles que la Sounna ne déclare pas usuraires, que ces choses se pèsent, se mesurent ou se comptent, peu importe.

CHAPITRE 33

IL EST DÉFENDU DE [RÉUNIR] DEUX VENTES DANS UNE VENTE (1)

Mâlik rapporte qu'il lui est parvenu que l'Envoyé de Dieu a défendu de [réunir] deux ventes dans une vente (2).

Mâlik rapporte qu'il lui est parvenu qu'un homme dit à un autre : « Achète pour moi ce chameau, moyennant de l'argent comptant, jusqu'à ce que je te l'achète moyennant [un prix] payable à terme (3). » *'Abd Allah ben 'Omar, interrogé à ce sujet, réprouva cette opération et l'interdit.*

Mâlik rapporte qu'il lui est parvenu qu'El-Qâsim ben Moḥammed fut interrogé au sujet d'un homme qui avait acheté une marchandise moyennant dix dinârs payables au comptant, ou moyennant quinze dinârs payables à terme. Il réprouva cette opération.

Mâlik a dit : Si un homme achète d'un autre une marchandise moyennant dix dinârs payables au comptant ou pour quinze dinârs payables à terme, en sorte que la mar-

(1) C'est-à-dire qu'il est interdit de conclure une vente dans laquelle l'obligation d'une des parties serait une obligation alternative. Par exemple, il est interdit d'acheter un chameau moyennant 10 dinârs au comptant ou 15 dinârs à terme.

(2) Cette tradition ne figure dans aucun des deux Çaḥiḥ.

(3) L'opération décrite dans ce hadits se ramène, malgré une complication particulière, à celle décrite dans la n. 1 : Je vous charge d'acheter d'un tiers, pour 10 dinârs au comptant, un chameau que je me réserve de vous acheter pour 15 dinârs à terme. Cela revient à acheter un chameau pour 10 dinârs au comptant ou pour 15 dinârs à terme.

chandise lui est acquise, [à son choix], pour l'un de ces deux prix, cela n'est pas valable. Si, en effet, il ajourne le payement des dix dinârs, c'est quinze dinârs qu'il devra au terme, et, s'il paye les dix dinârs au comptant, cela revient à acheter, moyennant ces dix dinârs, les quinze dinârs à terme (1).

Mâlik a dit : Si un homme achète d'un autre une marchandise moyennant un dinâr au comptant ou moyennant une brebis déterminée seulement *in genere*, payable à terme, de telle sorte que la vente soit obligatoire pour l'un de ces deux prix, [à son choix], cela est réprouvé et n'est pas valable. L'Envoyé de Dieu, en effet, a défendu de réunir deux ventes dans une vente et l'opération décrite consiste à réunir deux ventes dans une (2).

Mâlik a dit : Un homme dit à un autre : « Je t'achète pour un dinâr ces quinze ṣâ' de dattes 'adjoûa ou ces dix ṣâ' de dattes ṣaïḥâni, [à mon choix] » ; ou bien il dit : « Je t'achète pour un dinâr ces quinze ṣâ' de blé, dit ḥinṭa maḥmoûla (3), ou ces dix ṣâ' de blé de Syrie, de telle sorte que je pourrai exiger de toi l'une ou l'autre de ces deux prestations, [à mon choix]. » Cela est réprouvé et n'est pas valable. En effet, l'acheteur, ayant droit à dix ṣâ' de

(1) Cela revient, dans l'un et l'autre cas, à un échange de dinârs contre des dinârs à inégalité et à terme, opération usuraire au premier chef. Il n'est donc pas indispensable de faire intervenir ici la défense عن بيعتين في بيعة, pour que l'opération soit déclarée illicite.

(2) Pour déclarer illicite l'opération décrite dans ce paragraphe, il est nécessaire de faire intervenir la défense عن بيعتين في بيعة. En effet, acheter une marchandise pour un dinâr au comptant ou pour une brebis à terme, cela revient à acheter pour un dinâr au comptant cette brebis payable à terme ; ce qui, en principe, est licite. Si donc l'opération qui nous occupe est illicite, c'est bien à raison de l'interdiction particulière qui fait l'objet de ce chapitre.

(3) Cf. plus haut, p. 57, n. 5.

dattes ṣaïḥâni, pourrait les abandonner pour prendre quinze ṣâ' de dattes 'adjoûa; ou bien, ayant droit à quinze ṣâ' de ḥinṭa maḥmoûla, il pourrait les abandonner pour prendre dix ṣâ' de blé de Syrie. Cette façon d'agir est interdite, parce qu'elle constitue un cas analogue à celui des deux ventes en une, frappé d'interdiction. Elle tombe d'ailleurs également sous le coup de la règle qui défend d'échanger des comestibles de même espèce à deux contre un (1).

CHAPITRE 34

DE LA VENTE ALÉATOIRE

Mâlik rapporte, d'après Abou Ḥâzim ben Dinâr, d'après Sa'îd ben El-Mosayyib, que l'Envoyé de Dieu a défendu la vente de l'aléa (2).

Mâlik a dit : Il y a aléa quand un homme, dont l'animal ou l'esclave, d'une valeur de cinquante dinârs, s'est égaré ou enfui, accepte les propositions d'une personne qui lui dit : « Je te prends [cet animal ou cet esclave] pour vingt dinârs. » Si, en effet, l'acheteur trouve l'animal, il fait perdre trente dinârs au vendeur; et, s'il ne le trouve pas, c'est le vendeur qui lui fait perdre vingt dinârs. Cette

(1) L'opération décrite revient, en effet, à échanger 10 ṣâ' de comestible contre 15 ṣâ' de comestible de même espèce. Elle est donc illicite sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir la défense عن بيعتين في بيعة.

(2) Cf. Moslim, t. VI, p. ٤٣٨.

opération est encore répréhensible à un autre point de vue. Si, en effet, l'animal est retrouvé, on ne sait pas s'il a augmenté ou diminué de valeur, ou si un vice s'est déclaré chez lui. Tout cela constitue le plus grand des aléas.

Mâlik a dit : L'usage est, parmi nous, de considérer comme aléatoire et incertain l'achat de ce qui est dans le ventre des femmes ou des femelles, parce qu'on ne sait pas si ce qu'elles ont dans le ventre sortira ou non. D'ailleurs, si le rejeton vient au monde, on ne sait pas s'il sera beau ou laid, complet ou défectueux, mâle ou femelle. Or, toutes ces différences de qualité impliquent des différences de valeur : le rejeton, en effet, est-il de telle sorte, sa valeur est de tant ; est-il de telle autre sorte, sa valeur est différente.

Mâlik a dit : N'est pas valable la vente des femelles avec réserve de ce qu'elles ont dans le ventre. C'est ce qui a lieu, par exemple, quand un homme dit à un autre : « La valeur de ma brebis laitière est de trois dinârs. Je te la vends pour deux dinârs et je me réserve ce qu'elle a dans le ventre (1). » Cette convention est interdite, parce qu'elle est entachée d'aléa (2).

Il n'est pas permis de vendre des olives moyennant de l'huile d'olives, des graines de sésame moyennant de l'huile de sésame, du beurre frais moyennant du beurre fondu, parce que l'opération est entachée de mouzâbana. Celui, en effet, qui achète des graines (ou choses analogues), moyennant une quantité déterminée du produit qu'on en retire, ne sait pas la quantité qu'il en retirera. Il ignore s'il en retirera plus ou moins qu'il ne donne et

(1) Il faut évidemment comprendre que cette brebis est grosse au moment de la vente qui en est faite.

(2) Cf. plus haut, p. 4, texte et n. 1 et 2.

cela est aléa. La même règle s'applique à l'achat des noix de muscade, moyennant l'huile de noix de muscade qu'on appelle salîkha. Mais il n'y a pas de mal à échanger des noix de muscade contre de l'essence odoriférante de noix de muscade, parce que cette essence a subi des mélanges, a été parfumée et a cessé d'être de l'huile de noix de muscade.

Mâlik a dit : Un homme vend une marchandise à un autre [qui se charge de la revendre], en promettant à son acheteur de l'indemniser de la perte qu'il pourrait subir dans la revente (1). Une semblable convention n'est pas valable, parce qu'elle est entachée d'aléa et voici comment : L'opération revient, pour le vendeur, à louer les services de l'acheteur, moyennant le gain que ce dernier pourra réaliser en revendant. Or, s'il revend pour un prix égal ou inférieur au prix d'achat, il n'y aura rien pour lui et il aura perdu sa peine. Il faut donc que l'acheteur reçoive un salaire proportionnel à la quantité des marchandises dont il s'occupe. Quant au gain ou à la perte

(1) Voici, semble-t-il, l'hypothèse envisagée dans ce passage assez obscur : Un homme, ayant une denrée à vendre et n'ayant pas le loisir de traiter directement avec les consommateurs, s'adresse à un autre homme, auquel il la vend en gros. Ce dernier n'a acheté, en réalité, que pour revendre et est, en somme, une sorte de courtier. Mais le premier vendeur, au lieu de lui promettre un salaire certain, se borne à lui dire : « Revends cette marchandise aussi cher que tu pourras : tout le gain sera pour toi ; si, par malheur, tu la revends à perte, cette perte sera pour moi, car je t'en indemniserai. » Voilà une opération qui semble, au premier abord, assez avantageuse pour le courtier, qui a l'espoir d'un gain sans avoir la crainte d'une perte. Cette opération, Mâlik la condamne cependant : « Elle est aléatoire, dit-il, car on ne sait pas si le courtier pourra revendre la marchandise plus cher qu'il ne l'a achetée, et, s'il la revend le même prix ou moins cher, il aura pris une peine pour laquelle il ne touchera aucun salaire. » A en croire Ez-Zourqâni, Mâlik n'a pas toujours professé l'opinion qu'on trouve formulée ici.

dans la revente, c'est le vendeur primitif qui en bénéficie ou en souffre (1). Mais les choses ne se régleront ainsi qu'autant que les marchandises ont été déjà livrées au courtier-acheteur et revendues par lui. Si elles n'ont pas été livrées, la convention est annulée.

Supposons, au contraire, qu'un homme ait vendu une marchandise à un autre et que cette vente soit définitive (2). Supposons, de plus, que l'acheteur, se repentant de son achat, vienne ensuite dire au vendeur : « Diminue-moi quelque chose du prix », et que le vendeur, tout en refusant d'accorder une diminution de prix, lui dise : « Revends la marchandise, et, s'il y a une perte dans la revente, tu ne la supporteras pas. » Il n'y a pas de mal à cela, parce qu'il n'y a pas d'aléa, cet arrangement n'intervenant qu'après que la vente est devenue définitive. Il n'y a là qu'un procédé imaginé par le vendeur pour venir en aide à l'acheteur, et non une clause constitutive de leur contrat [primitif]. Telle est la pratique constante parmi nous.

CHAPITRE 35

DE LA MOULÂMASA ET DE LA MOUNÂBADA

Mâlik rapporte, d'après Moḥammed ben Yaḥia ben Ḥabbân et d'après Abou Ez-Zinâd, d'après El-Â'radj,

(1) Parce qu'il n'a pas cessé d'être propriétaire de ces marchandises, la vente conclue par lui avec l'acheteur-courtier étant nulle.

(2) C'est-à-dire que cette vente soit une vente ordinaire : il n'a point été dit ni convenu que l'acheteur n'achetait que pour revendre et devait jouer le rôle de courtier.

d'après Abou Horaîra, que l'Envoyé de Dieu a défendu la moulâmasa et la mounâbaḏa (1).

Mâlik a dit : Il y a moulâmasa quand un homme touche un vêtement sans le déplier et sans voir comment il est intérieurement, ou bien quand il l'achète de nuit et sans savoir comment il est intérieurement (2). Il y a mounâbaḏa quand un homme lance son vêtement à un autre qui, lui-même, lance le sien au premier (3). Sans se laisser le temps d'un examen attentif, chacun dit à l'autre : « Ceci contre cela. » Telles sont les opérations qu'on a défendues en défendant la moulâmasa et la mounâbaḏa.

Mâlik a dit, au sujet du sâdj roulé dans son étui ou du vêtement copte roulé et plié (4), qu'il n'est pas permis de les vendre sans les déplier et sans montrer ce que contient le paquet. Autrement, il y aurait vente aléatoire, rentrant dans la moulâmasa. Mais la vente de marchandises en ballot, faite d'après le barnâmidj (5), ne doit point être traitée comme la vente du sâdj dans son étui, du vêtement dans son enveloppe et autres analogues. On n'assimile point ces deux cas dans la pratique admise ; telle est la doctrine des personnes les plus considérables et tel est l'usage suivi parmi les anciens. La vente sur barnâmidj n'a jamais cessé d'être permise et pratiquée par les

(1) Cf. El-Bokhâri, *L. des V.*, ch. 62 et ch. 63 ; Moslim, t. VI, p. ٤٣١.

(2) En d'autres termes, la moulâmasa, c'est l'achat au toucher, comme son nom même l'indique.

(3) Mounâbaḏa veut dire, en effet, vente au jet.

(4) ... الساج المدرج فى جرابه أو الثوب القبطى المدرج فى طيه
Le sâdj était une sorte de voile ; le ثوب قبطى était un vêtement de lin blanc, très fin.

(5) Comme on le verra avec plus de détails au chap. 37, le barnâmidj est l'inventaire détaillé des marchandises contenues dans un ballot.

commerçants. On n'y voit aucun mal, parce que, dans la vente de choses conformes à celles indiquées dans le barnâmidj, faite sans déplier le ballot, on ne se propose pas un gain aléatoire. Ce n'est donc pas du tout la même chose que la moulâmasa.

CHAPITRE 36

DE LA VENTE « MOURÂBAḤA » (1)

Mâlik a dit : L'opinion universellement admise, parmi nous, est la suivante : Si un homme, ayant acheté des tissus dans une ville, les transporte ensuite dans une autre ville et les y vend à « mourâbaḥa », on ne fera entrer dans le principal du prix ni le salaire du courtier, ni le coût du pliage et du paquetage, ni les frais de

(1) La vente « mourâbaḥa », بيع المرابحة, appelée aussi بيع بربح, « vente au gain », « vente avec un gain », est une opération commerciale particulière dont les règles étaient fixées par la coutume et les usages locaux : c'est pourquoi El-Bokhâri lui consacre une mention incidente dans le chapitre du *Livre des Ventes* consacré aux usages locaux et aux conventions tacites (ch. 95 ; cf. PELTIER, *loc. cit.*, p. 175, n. 3). L'opération se résume ainsi : Un individu, ayant acheté une chose un certain prix, la revend pour un prix égal ; mais il est entendu qu'en plus, il touchera un tant pour cent qui constitue son gain, son ربح. Le taux de ce ربح n'avait pas besoin d'être expressément stipulé, déterminé qu'il était par la coutume locale. Si, d'après cette coutume, le ربح était de 10/100 et si la marchandise était vendue 10 dirhems, l'acheteur avait, en réalité, 11 dirhems à payer. C'est ce qu'El-Bokhâri veut dire par ces mots : لا باس العشرة بأحد عشر.

déplacement du vendeur, ni le loyer de la chambre (1).

Quant aux frais de transport des étoffes, ils rentrent dans le principal du prix, mais on ne calcule point de ribḥ sur ces frais (2), à moins que le vendeur n'avertisse [expressément] de tout cela celui qui marchande [ses tissus]. Si ce dernier est averti, il n'y a pas de mal, après cela, [à ce que le ribḥ se calcule sur tous ces frais].

Quant aux [frais de] décatissage, de couture, de teinture et autres de ce genre, ils s'incorporent aux tissus et le ribḥ s'y applique, comme il s'applique aux tissus eux-mêmes (3).

Si l'on vend des tissus sans s'être expliqué sur aucun

(1) Que le marchand a dû louer dans la ville où il s'est rendu pour y déposer ses marchandises. — Pour les frais dont il vient d'être parlé et qui n'augmentent en rien la valeur de la marchandise, on n'en ajoute pas le montant à son prix d'achat. Ces frais sont considérés comme couverts, pour le marchand, par le ribḥ calculé simplement sur son prix d'achat. Supposons, par exemple, que le principal du prix (أصل الثمن) soit de 100 dirhems ; que, pour les frais qu'on vient d'énumérer, il ait été déboursé 5 dirhems et que le ribḥ soit de 10/100. L'acheteur n'aura à payer que 100 dirhems, plus 10 dirhems pour le ribḥ ; il ne supportera, en aucune façon, le payement des 5 dirhems dépensés pour les frais en question.

(2) Les frais de transport, à la différence des précédents, s'ajoutent au principal du prix, mais le ribḥ ne se calculera pas sur ces frais. Supposons que le principal du prix soit, comme précédemment, de 100 dirhems et le ribḥ de 10/100. Si les frais de transport se montent à 5 dirhems, on ajoutera ces 5 aux 100 du principal du prix ; mais le ribḥ se calculera, non sur 105, mais sur 100 ; il sera donc simplement de 10 dirhems, et non de 10 dirhems 1/2.

(3) Voici donc une troisième catégorie de frais, mieux traités encore que les frais de transport dont il vient d'être question. En effet, pour les frais envisagés ici, non seulement on les ajoutera au principal du prix, mais on calculera le ribḥ sur le total ainsi obtenu : Le prix d'achat d'une étoffe étant de 100 dirhems, on fait, pour coudre, décatir ou teindre cette étoffe, des frais qui montent à 20 dirhems. Le ribḥ (que nous supposons toujours de 10/100) se calculera, non seulement sur 100, mais bien sur 120 dirhems ; il sera de 12 dirhems et la somme totale que devra l'acheteur sera, par conséquent, de 132 dirhems. Voici

des points dont je viens de parler, le vendeur n'a pas droit à un ribḥ. [Dans ce cas], si la marchandise a été livrée, les frais de transport sont comptés dans le principal du prix, sans qu'il soit accordé sur eux de ribḥ. Si, [au contraire], la marchandise n'a pas encore été livrée, la vente sera annulée, à moins que les deux parties ne tombent d'accord pour adopter une quelconque des solutions qui sont licites pour elles.

Mâlik a envisagé le cas suivant : Un homme a acheté une chose pour de l'or ou pour de l'argent. Au jour de cet achat, le change était de dix dirhems pour un dinâr. Cet homme transporte sa marchandise dans une [autre] ville et l'y revend à « mourâbaḥa » ; ou bien, dans le lieu même où il l'a achetée, il la revend, également à « mourâbaḥa », d'après le change du jour où il fait cette revente. A supposer que ce marchand ait acheté pour des dirhems et qu'il revende pour des dinârs, ou bien qu'il ait acheté pour des dinârs et qu'il revende pour des dirhems, l'acheteur a l'option tant que le marché n'a pas été exécuté : il peut, à sa guise, prendre la marchandise ou la laisser. Si la marchandise a été livrée, l'acheteur est quitte en payant le prix moyennant lequel son vendeur avait acheté, et le ribḥ se calcule sur ce prix, d'après le taux convenu entre les parties (1).

comment on peut, je crois, résumer le système très logique suivi en cette matière : 1° Certains frais n'augmentent nullement la valeur de la chose ; ces frais ne s'ajoutent pas au prix principal ; 2° Certains frais (comme ceux de transport) augmentent la valeur de la chose, mais ne laissent aucune trace dans cette chose ; ils s'ajoutent au prix principal, mais le ribḥ ne se calcule pas sur eux ; 3° Certains frais augmentent la valeur de la chose et y laissent une trace sensible ; non seulement ils s'ajoutent au prix principal, mais, de plus, le ribḥ se calcule sur eux.

(1) Éclairons par un exemple la solution donnée ici par Mâlik. Un individu achète une marchandise pour 10 dinârs et, au jour de cet

Un homme a vendu une marchandise qu'il estime lui revenir à cent dinârs, moyennant onze pour dix (1); ensuite, il arrive qu' [en réalité] cette marchandise ne lui revient qu'à 90 dinârs. A supposer qu'elle ait été déjà livrée à son acheteur, ce vendeur a l'option. Ou bien, il réclamera la valeur de la marchandise au jour de la prise de possession [de l'acheteur], à moins que cette valeur ne dépasse le prix auquel lui donne droit le contrat de vente tel qu'il l'a conclu, car il n'a pas droit à plus; et cela fait cent dinârs, plus dix dinârs. Ou bien, il exigera le ribḥ calculé sur 90, sans que le prix [ainsi calculé] puisse être moindre que la valeur prise par la marchandise [au jour de la livraison à son acheteur]. Il a donc l'option entre la valeur de la marchandise au jour

achat, 10 dinârs se changeaient pour 100 dirhems. Ensuite, il revend cette marchandise pour 100 dirhems (plus un ribḥ convenu), et, au jour de cette vente, le change ayant varié, 100 dirhems valent 11 dinârs. Si l'on suppose que la marchandise ne lui ait pas encore été livrée, l'acheteur peut, à son gré, ou résilier le marché ou l'exécuter, mais en payant exactement le prix stipulé: c'est-à-dire 100 dirhems (plus le ribḥ). Si, au contraire, la marchandise lui a été livrée, l'acheteur n'a plus le droit de résiliation, mais il n'est tenu que de payer le prix moyennant lequel son vendeur a acheté; c'est-à-dire qu'il sera quitte envers lui en lui donnant 10 dinârs (qui, au jour de la vente, ne valent que 91 dirhems environ). Mais cette modification que subira le principal du prix n'entraînera aucun changement pour le calcul du ribḥ convenu par les parties.

(1) La vente au ribḥ se fait, en principe, pour le prix d'achat (augmenté du ribḥ). Ici, il y a eu erreur sur la fixation de ce prix d'achat; on l'a cru de 100, alors qu'il n'était que de 90. Si cette erreur n'est reconnue qu'après livraison, elle ne donne pas ouverture à la résolution du contrat, mais simplement à une option au profit du vendeur. A son gré, il réclamera la valeur de la chose au jour de la livraison, sans pourtant que cela puisse jamais excéder le prix pour lequel il a revendu (soit, dans l'exemple pris par Mâlik, 110 dinârs), ou bien il réclamera ce moyennant quoi il a acheté effectivement, augmenté du ribḥ (soit, ici, 90 + 9 = 99 dinârs).

de la livraison et son prix d'achat (رأس مالـه), augmenté du ribḥ, ce qui fait 99 dinârs (1). Et si un homme a vendu à « mourâbaḥa » une marchandise, en disant : Elle me revient à 100 dinârs, et qu'ensuite il découvre qu'elle lui revient à 120, l'acheteur a le choix. S'il veut, il donnera au vendeur la valeur de la chose au jour où lui, acheteur, en a pris possession ; et, s'il veut, il payera le prix auquel cette marchandise revient au vendeur, augmenté du ribḥ convenu (2). Toutefois, [s'il opte pour le premier parti], la somme qu'il aura à payer ne peut être inférieure au prix de vente convenu. L'acheteur, [en effet], après avoir

(1) Précisons ce point à l'aide de quelques chiffres : Le vendeur a cru qu'il avait acheté 100 ce qu'il a acheté, en réalité, 90. Supposons, d'abord, qu'au jour de la livraison consécutive de la revente, la valeur de la marchandise soit de 95. Dans ce cas, le vendeur n'optera pas pour la valeur (95), inférieure aux 90 + 9 qu'il peut exiger. Supposons que la valeur soit de 99 ; dans ce cas, les deux résultats sont égaux. Supposons enfin que la valeur soit de 105 ; dans ce cas, le vendeur réclamera la valeur, car 105 est plus grand que 99. Notons que si la valeur atteignait 115, le vendeur ne pourrait pourtant réclamer que 110.

(2) وان شاء أعطى الثمن الذى ابتاع به على حساب ما ربحه.
Pour obtenir un sens satisfaisant, il faut absolument supposer, comme nous le faisons dans notre traduction, que le sujet de أعطى est l'acheteur, tandis que le sujet de ابتاع est le vendeur. Ce changement de sujet dans la même phrase est grammaticalement assez étrange : c'est, sans doute, cette difficulté qui a conduit El-Badji à s'exprimer en ces termes sur notre passage :

ولا معنى له الا ان يكون بمعنى انه يندب للمبتاع ان لا ينقصه شيئا فان السلعة ان كانت قائمة فللمشترى ردّها أو يضرب له الربح على مائة وعشرين وأن فاتت فالقيمة الا أن تكون أقل من المائة وربحها فلا ينقص أو يكون أكثر من مائة وعشرين وربحها فلا يزاد على ذلك

« Ce passage ne veut rien dire, à moins qu'il n'ait le sens suivant : » L'acheteur est invité à ne demander aucune diminution. Si la mar-

accepté [de payer] ce prix, n'a pas le droit de faire subir une réduction à son vendeur. Ce dernier n'a soulevé une contestation que pour obtenir un supplément de prix et l'acheteur ne saurait se prévaloir de cette demande pour réclamer, de son côté, une diminution de prix d'achat, établi conformément au barnâmidj.

CHAPITRE 37

DE LA VENTE SUR « BARNÂMIDJ » (1)

Mâlik a dit : L'usage, parmi nous, est le suivant : Des négociants achètent en commun des étoffes ou des esclaves. Un homme, venant à l'apprendre, dit à l'un de

» chandise n'a pas encore été livrée, l'acheteur a le droit de résilier la » vente ; s'il ne le fait pas, le « gain » (ربح) portera sur 120. Si la » marchandise a été livrée, l'acheteur en payera la valeur [au jour de » la livraison], à moins qu'elle ne soit inférieure à 100 augmentés du » ربح calculé sur 100 ; auquel cas, il payera ces 100 augmentés du » ribḥ, sans aucune diminution sur ces 110. Dans le cas où cette valeur » dépasse 120 augmentés du ربح calculé sur 120, il ne subira aucune » augmentation sur ce chiffre. »

L'hypothèse envisagée ici est l'inverse de la précédente. Le vendeur qui a vendu à « mourâbaḥa » une marchandise qu'il croyait lui revenir à 100 s'aperçoit, après que la livraison a déjà été faite, que cette marchandise lui revient, en réalité, à 120. Alors, l'acheteur aura le choix : Il pourra donner la valeur de la chose au jour où il en a pris livraison, pourvu que cette valeur ne soit pas inférieure à 100 + le ربح (supposé de 10/100), c'est-à-dire à 110. Ou bien, si la valeur au jour de la livraison est supérieure à 120 + le ربح, c'est-à-dire à 132, il n'aura à payer que 132. — Il est, en définitive, tenu de payer un prix dont le minimum sera 110, le maximum 132.

(1) Mot persan *(bernâmeh)* par lequel on désignait l'inventaire détaillé et précis des marchandises contenues dans un ballot (عدل)

ces négociants : « J'ai été renseigné sur la nature et la consistance des étoffes que tu as achetées [en commun] d'un tel. Veux-tu me céder ta part [dans ces étoffes], moyennant tel ribḥ ? » Le négociant y consent ; l'auteur de cette offre lui achète sa part, moyennant un ribḥ, et prend, dès lors, sa place dans l'association. Mâlik a dit : Une semblable vente est obligatoire et l'acheteur n'a pas d'option, quand il achète sur un barnâmidj avec description précise des marchandises.

Mâlik a dit : Un homme, ayant reçu différentes espèces de tissus, est visité par des chalands auxquels il lit son barnâmidj, en disant : « Dans chaque ballot, il y a tant et tant de pagnes de Bassora, tant et tant de manteaux sâbiri (1) qui mesurent tant. » Il leur énumère ainsi les différents genres de tissus et en précise la nature ; puis il dit : « Achetez-moi d'après cette description. » Les gens achètent les ballots d'après la description qu'il leur a donnée. Ensuite, les acheteurs ouvrent les ballots et se repentent de leur acquisition, trouvant qu'ils ont payé trop cher. Mâlik a dit : La vente est obligatoire contre eux, du moment que la chose qui leur a été vendue est conforme à ce qui est indiqué dans le barnâmidj. Tel est l'usage auquel on s'est toujours conformé parmi nous. On tient ce genre d'opérations pour valable, quand la marchandise est conforme au barnâmidj et non différente des indications qu'il contient.

---

ou comprises dans un lot. La vente sur barnâmidj, qu'il convient de rapprocher de la vente sur « ṣoukoûk » (ch. 19, p. 52), consistait à vendre des marchandises sans les faire voir à l'acheteur et sur la seule description donnée dans l'inventaire.

(1) Soit de Sâboûr, soit de Nîsaboûr.

CHAPITRE 38

DE LA VENTE A OPTION

Mâlik rapporte, d'après Nâfi', d'après 'Abd Allah ben 'Omar, que l'Envoyé de Dieu a dit : « Les deux contractants ont chacun l'option, tant qu'ils ne se sont pas séparés, à moins que la vente ne soit à option (1). »

Mâlik a dit : Parmi nous, il n'y a pas pour cette [option] de délai fixé par la coutume, ni d'usages suivis dans la pratique.

Mâlik rapporte qu'il lui est parvenu que 'Abd Allah ben Mas'oûd racontait que l'Envoyé de Dieu a dit : « Toutes les fois que deux personnes font un contrat de vente, le dire [*qu'il faut suivre*], *c'est le dire du vendeur, ou bien ils résoudront la vente* (2). »

(1) Cf. El-Bokhâri, *L. des V.*, ch. 42, h. 1, et Moslim, t. VI, p. ٤٦٦. Sur les difficultés auxquelles l'interprétation de ce hadits a donné lieu entre les docteurs, nous renvoyons aux développements que nous avons donnés dans le *Livre des Ventes* d'El-Bokhâri, p. 70-84. Mâlik, on va le voir, arrive, par un argument bien faible tiré d'un hadits de 'Abd Allah ben Mas'oûd, à se débarrasser complètement de la règle posée dans celui de 'Abd Allah ben 'Omar. Il n'admet ni le خيار المجلس, ni le خيار الشرط.

(2) Ce hadits signifie qu'en cas de différend entre les parties, c'est au dire du vendeur qu'on s'en rapportera ; si ce dire est nié par l'acheteur, la vente sera résolue. Mâlik rapporte ici ce hadits, parce qu'il le considérait comme abrogeant celui d'Ibn 'Omar sur le droit d'option. Le raisonnement de Mâlik et de ses disciples, qui est, on va le voir, fort subtil, peut se formuler ainsi : « Le différend qui survient *avant* la séparation des parties peut entraîner une résolution de la vente ; c'est donc qu'avant même la séparation, il n'y avait pas lieu à option,

Mâlik a dit : Un homme vend une marchandise à un autre, en subordonnant le contrat à la condition suivante : « Je te vends cette chose sous la condition que je prendrai l'avis (1) d'un tel. S'il approuve [le marché], la vente sera valable ; s'il le blâme, il n'y aura pas de vente entre nous. » Les deux parties s'accordent sur ce point. Ensuite, l'acheteur vient à se repentir, avant que le vendeur ait demandé l'avis du tiers. Une semblable vente est obligatoire pour les deux parties, conformément aux termes de leur convention. L'acheteur n'a donc pas l'option ; il est tenu, si le tiers qui, d'après la stipulation du vendeur, doit être consulté, est d'avis que la vente reçoive son exécution.

Mâlik a dit : La règle, parmi nous, est la suivante : Un homme achète une marchandise d'un autre et il arrive qu'ils sont en désaccord sur le prix. Le vendeur dit : « Je te l'ai vendue pour dix dinârs. » L'acheteur dit : « Je te l'ai achetée pour cinq dinârs. » Dans ce cas, [le juge] dira au vendeur : « Si tu veux, livre la marchandise à l'acheteur pour le prix qu'il indique ; ou bien, si tu veux, jure par Dieu que c'est bien pour le prix indiqué par toi que tu as vendu ta marchandise. » — Si le vendeur le jure, [le juge] dira alors à l'acheteur : « Prends la marchandise pour le prix qu'indique le vendeur, ou bien jure par Dieu que c'est bien pour le prix indiqué par toi que tu as acheté la marchandise. » Si l'acheteur prête ce serment, il est libéré

car si une option était possible, il n'y aurait pas lieu de recourir à une résolution. » Ce raisonnement pèche par sa base, car rien, dans le hadits d'Ibn Mas'oûd, n'indique que le différend entre les parties surgisse avant leur séparation.

(1) على أن تستشير « sous la condition que tu prendras l'avis... », dit le texte. Nous n'hésitons pas à considérer cette leçon comme vicieuse et à substituer la première personne à la seconde. C'est le seul moyen d'obtenir un sens raisonnable.

[de l'obligation de prendre la marchandise au prix juré par le vendeur]. Cette décision se fonde sur le fait que chacun des co-contractants est, vis-à-vis de l'autre, dans la position de demandeur (1).

CHAPITRE 39

DE L'USURE DANS LES DETTES

Mâlik rapporte, d'après Abou Ez-Zinâd, d'après Bousr ben Sa'îd, que 'Obaîd Abou Ṣâliḥ, affranchi d'Es-Saffâḥ, a dit : « Je vendis aux gens de Dar Nakhla (2) *de l'étoffe m'appartenant, moyennant un prix payable à terme. Ensuite, je voulus partir pour Koûfa. Mes acheteurs, alors, me proposèrent, si je leur faisais remise d'une partie du prix, de me payer le reste au comptant. J'interrogeai Zaîd ben Tsâbit au sujet d'une telle convention. Zaîd me dit : « Je*

(1) Cet alinéa contient l'interprétation, admise par Mâlik, du hadits d'Ibn Mas'oûd qu'on a lu plus haut. Cette interprétation, qui paraît propre aux seuls Malékites, est assez étrange. De ce hadits, il semble résulter que si le vendeur corrobore son dire par le serment, le juge doit immédiatement juger en sa faveur. Mâlik admet, au contraire, que, dans ce cas, le juge déférera le serment à l'acheteur et que, si ce dernier jure à son tour, il ne sera pas tenu de prendre la marchandise pour le prix juré par le vendeur. Cette solution paraît en opposition avec la règle du droit musulman, d'après laquelle, en cas de preuve incomplète, le serment est déféré au demandeur. Notre auteur s'efforce de la justifier en disant que, dans ce différend, chacun des co-contractants est dans la position d'un demandeur par rapport à l'autre.

(2) Localité voisine de Médine.

ne te conseille pas de manger de cet [argent] ni d'en faire manger [aux autres]. »

Mâlik rapporte, d'après 'Otsmân ben Ḥafṣ ben Khalada, d'après Ibn Chihâb, d'après Sâlim ben 'Abd Allah, que 'Abd Allah ben 'Omar fut consulté au sujet d'un homme qui, ayant une créance à terme, consentirait à son débiteur une remise partielle moyennant le payement immédiat du reste. 'Abd Allah réprouva cette opération et la défendit.

Mâlik rapporte que Zaïd ben Aslam a dit : « Au temps de l'Ignorance, on pratiquait l'usure de la façon suivante : Un homme, ayant une créance à terme, disait à son débiteur, quand l'échéance était arrivée : « Me payes-tu, ou bien veux-tu subir une augmentation ? » Si le débiteur payait, le créancier prenait [son dû] ; sinon, le créancier augmentait le chiffre de sa créance et accordait un nouveau délai. »

Mâlik a dit : Parmi nous, on réprouve sans conteste la pratique suivante : Un homme, ayant une créance à terme non encore échue, consent une remise partielle à son débiteur qui lui paye immédiatement le reste. A nos yeux, c'est comme si, après l'échéance, le créancier accordait une prolongation de délai, moyennant une augmentation de sa créance ; cela est, sans aucun doute, une opération essentiellement usuraire.

Mâlik a dit : Un homme a sur un autre une créance de cent dinârs. Après qu'elle est arrivée à échéance, son débiteur lui dit : « Vends-moi une marchandise dont la valeur est de cent dinârs payés comptant, pour cent cinquante dinârs à terme. » C'est là une vente qui n'est pas valable et que les savants ont toujours interdite. Si cette opération est défendue, c'est qu'elle revient à ceci : le débiteur donne le prix véritable de ce qui lui a été vendu ; le créan-

cier accorde un nouveau délai, et c'est seulement pour prix de l'ajournement consenti, qu'il augmente sa créance de cinquante. Cette façon d'agir est répréhensible et n'est point valable. Elle ressemble à l'opération décrite dans le hadits de Zaîd ben Aslam (1) et que pratiquaient les gens de l'Ignorance (2).

CHAPITRE 40

OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR LES DETTES A TERME ET LES TRANSFERTS DE CRÉANCES

Mâlik rapporte, d'après Abou Ez-Zinâd, d'après El-A'radj, d'après Abou Horaîra, que l'Envoyé de Dieu a dit : « Le fait par l'homme aisé de différer le payement de sa dette est une injustice. Si l'un de vous a à poursuivre un homme aisé, qu'il le poursuive (3). »

Mâlik rapporte, d'après Moûsâ ben Maïsara, que ce dernier a entendu un homme interroger Sa'îd ben El-Mosayyib en ces termes : « J'ai l'habitude de vendre des marchandises

(1) Il s'agit du hadits rapporté plus haut dans ce chapitre. En recourant à l'expédient indiqué ici par Mâlik, les parties, en effet, se proposaient de faire d'une façon indirecte ce que les Arabes du Paganisme faisaient ouvertement.

(2) Tout ce chapitre peut se résumer ainsi : Mâlik considère comme entachée d'usure toute convention par laquelle on raccourcit ou on allonge le terme, en diminuant ou en augmentant le montant de la créance.

(3) Cf. El-Bokhâri, liv. XLIII, Du prêt, du payement des dettes, de l'interdiction, ch. 12 (Houdas et Marçais, II, p. 118), et Moslim, t. VI, p. ٥٣٩.

livrables à terme. » *Sa'îd lui dit :* « *Ne revends rien que tu n'aies reçu* [*auparavant*] *dans ta demeure* (1). »

Mâlik a dit : Un homme achète une marchandise sous cette condition qu'elle lui sera livrée à un terme convenu, soit qu'il espère en trouver le débit à un certain marché, soit qu'il en ait besoin précisément au jour stipulé. Le vendeur laisse passer le délai de la livraison. L'acheteur veut alors résoudre le contrat. Il n'en a pas le droit ; la vente est obligatoire pour lui. Si le vendeur apporte la marchandise avant l'échéance, l'acheteur n'est pas obligé d'en prendre livraison.

Mâlik a dit : Un homme achète des comestibles et les mesure. Ensuite, un acheteur vient le trouver et il déclare à cet acheteur que le blé a déjà été mesuré pour lui-même au moment où il en a pris possession. L'acheteur veut bien croire à sa sincérité et s'en rapporter à ce premier mesurage. Une vente faite dans ces conditions est licite, pourvu que [le prix] soit payé comptant. Au contraire, s'il y avait un terme pour le payement du prix, il serait blâmable de conclure la vente dans ces conditions et sans que le second acheteur procédât à un nouveau mesurage. La raison en est qu'on peut craindre, quand il y a terme, que l'absence d'un [nouveau] mesurage ou d'un [nouveau] pesage ne devienne un procédé conduisant à l'usure et destiné à la dissimuler. Donc, s'il y a terme, la façon d'agir exposée ici est réprouvée. Il n'y a pas de controverse à ce sujet parmi nous.

(1) Ce hadits ne fait que consacrer la prohibition de la 'îna. Il va de soi que les marchandises que l'homme revendait à terme étaient des corps certains ; car, quand il s'agit d'une vente de genre, il n'est nullement nécessaire que le vendeur soit, au moment du contrat, en possession de la chose vendue.

Mâlik a dit : Il n'est pas permis d'acheter une créance contre un absent ; ni une créance contre une personne présente sans que celle-ci ne reconnaisse sa dette ; ni une créance contre un mort, même si l'on connaît son héritier. Dans ces cas, en effet, il y aurait achat d'une chose aléatoire, car on ne saurait pas si la créance sera intégralement payée ou non. La raison pour laquelle ces opérations sont réprouvées est donc la suivante : Quand on achète une créance contre un absent ou contre un mort, on ignore le montant des dettes que ce mort [ou cet absent] pouvait avoir ; et si ce mort [ou cet absent] avait des dettes qui le rendissent insolvable, l'acheteur [de la créance] donnerait son prix sans cause véritable. Ces opérations sont, de plus, entachées d'un autre vice : car elles consistent à acheter une chose dont personne n'est garant (1), et si la créance n'est pas bonne, le prix est sans cause. Cela constitue donc un aléa et n'est pas licite.

C'est seulement dans leur principe que diffèrent la vente de la chose qu'on n'a pas en sa possession (2) et l'avance (Selef) reçue moyennant une chose que ne possède pas

(1) On sait, en effet, que l'héritier, en droit musulman, n'est pas personnellement tenu des obligations du défunt.

(2) Cette vente, on le sait, est interdite. Cf. le hadits de Moûsâ ben Maïsara cité plus haut, p. 106 ; cf. le hadits de Ḥakam ben Ḥizam cité par El-Bâdji et conçu en ces termes :

سالتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ياتينى الرجل يسالنى البيع ليس عندى ما أبيعه منه ثم ابتاعه من السوق فقال لا تبع ما ليس عندك

celui qui la reçoit (1). Celui qui fait la ‘îna (2) se borne à fournir l’argent à celui qui veut acheter une chose. Il lui dit : « Voici dix dinârs ; que veux-tu que je t’achète avec cet argent ? » Cela revient à vendre dix dinârs au comptant moyennant quinze dinârs à terme (3). Il ne faut voir là qu’un procédé détourné et une fraude.

CHAPITRE 41

DE L’ASSOCIATION [DANS UN MARCHÉ], DE LA CESSION D’ACHAT ET DE LA RÉSILIATION [VOLONTAIRE] (4)

Mâlik a ḍit : Un homme vend des vêtements de différentes sortes, en se réservant certains vêtements dont il

(1) Ce qui, on le sait, est permis. Les deux opérations, dont l’une est licite et l’autre illicite, se ressemblent en ce qu’elles portent toutes les deux sur des choses qui ne sont point en possession de celui qui les vend. Mais, comme le dit Mâlik, elles diffèrent dans leur principe. Si je reçois quinze dinârs en m’obligeant à fournir, dans six mois, tant de mesures de blé à celui qui m’a consenti le Selef, tout est régulier, même si je ne possède pas de blé au jour où je reçois l’argent. Mais si je me fais promettre quinze dinârs pour tant de mesures de blé que je ne possède pas et que j’irai acheter au soûq pour dix dinârs, je fais de la ‘îna, qui est une forme d’usure : en réalité, j’ai avancé dix dinârs au comptant pour recevoir quinze dinârs à terme. C’est là ce que Mâlik veut dire dans la suite de notre texte. Nous devons avouer, au surplus, que tout ce passage nous semble assez obscur et que l’interprétation que nous en donnons ne nous apparaît pas, à nous-même, comme tout à fait certaine.

(2) C’est-à-dire celui qui vend ce qu’il ne possède pas. Cf., plus haut, p. 50, n. 1.

(3) Que son acheteur lui promet.

(4) Les trois opérations dont il est question ici sont désignées, en arabe, par les mots suivants : شركة, تولية et إقالة. L’idée qui domine

indique le dessin. S'il a stipulé qu'il aurait le droit de choisir, parmi les vêtements qui ont ce dessin, ceux qui lui plairont, il n'y a pas d'inconvénient à cela (1). S'il n'a pas stipulé, en se réservant [quelque chose dans ce qu'il vend], qu'il aurait le droit de choisir, j'estime qu'il est l'associé [de son acheteur] dans le nombre total des vêtements vendus (2). En effet, il peut très bien se faire que deux vêtements ayant des dessins identiques soient de valeurs différentes.

Il est admis, parmi nous, qu'il n'y a pas de mal à l'association [dans un marché] (3), à la cession d'achat (4), ni

tout le chapitre, c'est que la شركة, la تولية et l'اقالة ne doivent pas être assimilées à une revente, totale ou partielle, consentie à un tiers ou au vendeur primitif. Elles en diffèrent par la gratuité, qui est de leur essence. Et cette gratuité fait qu'on y tolère certaines choses qui ne seraient point tolérées dans une revente. On a déjà vu une application très importante de cette idée au ch. 9 (cf. p. 20, texte et n. 4, et p. 21).

(1) C'est-à-dire que l'opération s'analyse alors purement et simplement en une vente. L'hypothèse envisagée est la suivante : Un individu vend pour 1.000 dirhems un lot de 50 vêtements divers ; parmi ces vêtements, certains sont ornés de dessins ; l'acheteur se réserve 10 de ces vêtements décorés en déclarant qu'il aura le droit de les choisir. Le vendeur prélève les 10 vêtements décorés qu'il veut et livre le surplus à l'acheteur.

(2) L'hypothèse diffère de la précédente seulement par cette circonstance que l'acheteur, en se réservant un certain nombre de vêtements décorés, n'a pas expressément stipulé qu'il aurait le droit de les choisir. Dans ce cas, le choix ne lui appartient pas et, par ailleurs, n'appartient à personne. Dès lors, pour Mâlik, une seule solution est possible : c'est de dire qu'une société se forme entre l'acheteur et le vendeur.

(3) L'association (شركة) dont il est ici question est très différente de celle envisagée au paragraphe précédent, qui se forme entre l'acheteur et le vendeur. Mâlik a maintenant en vue le cas où l'acheteur associe un tiers au marché qu'il vient de conclure.

(4) Cette opération, appelée تولية, consiste à se substituer entièrement un tiers dans le marché qu'on vient de conclure.

à la résiliation volontaire (1), relativement aux comestibles et autres choses, sans distinguer si l'acheteur est ou non entré en possession, pourvu que ces [opérations] se fassent au comptant, sans augmentation ni diminution [du prix] et sans établissement d'un délai pour le payer (2). Si l'on introduit [dans ces opérations] une augmentation, ou une diminution, ou un délai en faveur de l'un ou de l'autre des intéressés, elles se transforment en une vente où est seulement licite ce qui est licite en matière de vente, où est interdit ce qui est interdit en matière de vente ; il n'y a plus là ni association, ni subrogation, ni résiliation (3).

Un homme achète une marchandise ou un esclave et a conclu définitivement [son achat]. Quelqu'un lui demande alors de l'associer [dans son marché]. Il le fait et tous deux payent, conjointement et au comptant, le prix dû au pro-

(1) إقالة. C'est l'opération par laquelle l'acheteur rétrocède à son vendeur, qui y consent, la chose qu'il vient de lui acheter ; c'est, en somme, une تولية qui, au lieu d'être faite à un tiers, est faite au vendeur.

(2) Cette complète identité entre les conditions de la cession et celles du contrat primitif est de l'essence des trois opérations qui nous occupent. Dans une تولية, par conséquent, le prix payé par le tiers subrogé doit être rigoureusement égal à celui promis par l'acheteur ; dans une إقالة, le vendeur primitif reprend sa chose exactement pour le prix moyennant lequel il l'avait vendue. Si, enfin, un acheteur associe une personne pour moitié à son marché, c'est la moitié du prix que cette personne devra payer.

(3) Il est aisé de voir l'intérêt qu'il peut y avoir, dans certains cas, à se demander si l'on est en présence d'une revente ou en présence d'une شركة, d'une تولية ou d'une إقالة. Par exemple, la revente d'un comestible est interdite avant que l'acheteur n'ait pris possession de ce comestible ; au contraire, la شركة, la تولية et l'إقالة peuvent intervenir relativement à ce comestible avant toute prise de possession par l'acheteur.

priétaire de la marchandise. Plus tard, survient un événement qui a pour conséquence de dépouiller l'acheteur et son associé de la chose acquise par eux (1). Dans ce cas, celui qui a été associé prendra [la part] du prix [qu'il a payée] de celui qui l'a associé (2), et ce dernier réclamera au vendeur de la marchandise le prix tout entier (3), à moins que l'acheteur n'ait convenu du contraire avec son associé, en présence du vendeur, au moment même de la conclusion de la première vente et avant qu'elle n'ait été exécutée, [en disant] : « Tu auras ton recours contre celui de qui j'achète. » Mais si la première vente a été exécutée, si le vendeur primitif n'est plus présent, cette stipulation serait nulle et l'acheteur seul serait garant vis-à-vis de son associé.

Mâlik a dit : Un homme dit à un autre : « Achète cette marchandise [qui sera] commune entre nous et paye-la au comptant, à ma place ; moi, je la [re]vendrai pour toi. » Cela n'est pas valable, du moment qu'on a dit : « Paye-la au comptant, à ma place, et moi je la [re]vendrai pour toi. » Cela constitue, en effet, un prêt consenti sous cette condition que l'emprunteur revendra la marchandise pour le compte de son prêteur (4). Si cette marchandise venait à

(1) C'est-à-dire qu'ils subissent une éviction.

(2) C'est-à-dire qu'il aura son recours contre l'acheteur qui l'a associé à son marché.

(3) Ceci est très naturel ; l'acheteur a seul traité avec le vendeur ; c'est à lui seul de recourir contre ce dernier. L'associé au marché n'a traité qu'avec l'acheteur et ne peut avoir de recours que contre lui.

(4) Un homme désire être associé dans un achat que fait un autre individu ; mais il n'a pas d'argent pour payer sa part du prix ; il est alors convenu que le second payera immédiatement tout le prix : c'est, en somme, une avance, un prêt qu'il fait au premier. Celui qui reçoit ce prêt s'engage à s'occuper seul de la revente de la chose commune ; il promet donc ses services à son co-associé ; en plus de l'argent qu'il lui doit à raison du prêt reçu, il lui devra son temps, sa

périr ou était l'objet d'une éviction, celui qui a payé le prix comptant prendrait de son associé ce qu'il a avancé pour lui (1). Le prêt fait [dans les conditions que nous avons indiquées] serait un prêt lucratif (2). Si, au contraire, un homme, ayant acheté une marchandise, en est devenu définitivement créancier et qu'ensuite quelqu'un lui dise : « Associe-moi pour moitié dans cette marchandise, et moi, je me chargerai pour toi de la revendre en entier », c'est licite ; il n'y a pas de mal à cela. La raison en est que cette opération s'analyse en une vente nouvelle par laquelle le premier vend [au second] la moitié de la marchandise, sous cette condition que le second vendra pour le compte [du premier] l'autre moitié (3).

---

peine, etc. Cela fait perdre au prêt (Selef) le caractère gratuit qu'il doit nécessairement avoir. Et c'est pourquoi, Mâlik réprouve cette opération.

(1) Le sens de cette phrase est, en soi, très simple. Mais nous voyons mal ce qu'elle vient faire ici et comment elle se rattache à ce qui précède. La pensée de Mâlik serait-elle la suivante : « Si la chose commune venait à périr, l'associé qui a fait un prêt à son co-associé ne pourrait lui demander que le remboursement de ce prêt ; si la chose ne périt pas, il ne peut, en plus, exiger de lui ses services » ? Cette interprétation nous paraît bien subtile et peu vraisemblable, mais nous n'en apercevons pas d'autre.

(2) Par conséquent, illicite.

(3) Un individu s'associe avec quelqu'un dans un achat, moyennant la moitié du prix et, en plus, ses services. Ici, pas de Selef entre les deux associés ; c'est par une vente partielle consentie par l'un à l'autre que l'association se réalise ; or, la vente n'a nullement le caractère d'un contrat de bienfaisance ; donc, l'associé, d'après Mâlik, peut valablement promettre ses services en plus de sa part du prix. Mais cette façon de voir n'est pas admise par tous les docteurs. Les Chaféites, notamment, blâment cette opération, parce qu'on y confond en un seul tout une vente et une location de services.

CHAPITRE 42

DE LA DÉCONFITURE DU DÉBITEUR

Mâlik rapporte, d'après Ibn Chihâb, d'après Abou Bakr ben 'Abd Er-Raḥmân ben El-Ḥârits ben Hichâm, que l'Envoyé de Dieu a dit : « Un homme vend une chose à un acheteur qui devient insolvable et, avant d'avoir rien touché de son prix, il retrouve cette chose en nature. Il a sur elle un droit plus fort [*que les autres créanciers*]. *Mais si celui qui a acheté une chose vient à mourir, le vendeur est placé sur le même pied que les* [*autres*] *créanciers* (1). »

(1) Ce hadits, moins la dernière phrase, se trouve, avec des variantes de texte et d'isnâd, dans Moslim, t. VI, p. ٥٣٢, et dans El-Bokhâri (liv. XLIII, ch. 14, h. 1 ; HOUDAS et MARÇAIS, *T. I.*, t. II, p. 119). La phrase finale, admise par Mâlik, mais qu'on chercherait en vain dans les deux Çaḥiḥ, est destinée à mettre fin à une controverse qui existait parmi les docteurs. Il existe, en effet, dans Abou Dâwoud, un hadits conçu dans les termes suivants :

اتينا ابا هريرة فى صاحب لنا افلس فقال ابو هريرة قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما رجل مات او افلس فصاحب المتاع احق بمتاعه اذا وجده بعينه

Ce hadits, on le voit, accorde la revendication, non seulement en cas de faillite, mais encore en cas de mort du débiteur. Les Chaféites (cf. CHAFEI, *Kitâb el-Oumm*, III, p. 176, التفليس) et l'école de Koufa le tenaient pour bon et accordaient, en conséquence, la revendication *au vendeur*, aussi bien en cas de mort qu'en cas de déconfiture de l'acheteur. Mâlik repousse absolument cette interprétation, puisqu'il fait dire expressément le contraire à Abou Bakr ben 'Abd Er-Raḥmân. Il est très vraisemblable qu'il considérait comme inauthentique le hadits d'Abou Dâwoud, dont l'isnâd, au dire des commentateurs, est d'ailleurs suspect. Il convient toutefois de remarquer que certains Malékites, tout en demeurant fidèles à la doctrine du maître, ne repoussaient pas le hadits d'Abou Dâwoud. Mais ils le déclaraient étranger à la matière de la vente et disaient que c'était *en cas de dépôt* seulement que la mort donnait ouverture à la revendication. Cette opinion conciliait les deux traditions d'une façon assez heureuse.

Mâlik rapporte, d'après Yaḥia ben Sa'îd, d'après Abou Bakr ben Moḥammed ben 'Amr ben Ḥazm, d'après 'Omar ben 'Abd El-'Azîz, d'après Abou Bakr ben 'Abd Er-Raḥmân ben El-Ḥârits ben Hichâm, d'après Abou Horaîra, que l'Envoyé de Dieu a dit : « Un individu tombe en déconfiture. Chez ce failli, un homme retrouve sa chose en nature. Cet homme a sur cette chose un droit plus fort que les autres [*créanciers*] (1). »

Mâlik a dit : Un homme vend une chose à un individu qui tombe en déconfiture. Le vendeur reprendra chez ce dernier ce qu'il y retrouvera de sa chose en nature, même si l'acheteur l'a déjà revendue en partie ou l'a divisée. Le maître de la marchandise a sur elle un droit plus fort que celui des créanciers, et le fait qu'elle a été divisée ne fait pas obstacle à ce qu'il prenne ce qu'il retrouve encore en nature. S'il a touché une portion de son prix, il lui est loisible de le rendre et de reprendre ce qu'il trouve de sa chose. Dans ce cas, pour la partie de sa chose qu'il ne retrouve pas, il est placé sur le même pied que les autres créanciers. Telles sont les règles applicables au vendeur.

Supposons maintenant qu'un individu achète une chose quelconque, telle que du fil, ou un meuble, ou un morceau de terre, et qu'ensuite il incorpore son travail à ce qu'il a acheté : il édifie sur la terre une maison ou tisse un vêtement avec le fil. Après cela, il tombe en faillite et le vendeur du terrain dit : « Je vais reprendre mon terrain et les édifices construits sur lui. » Il n'en a point le droit. Mais on estimera le terrain avec les améliorations faites par l'acheteur. Puis, on examinera séparément la valeur du terrain et celle des constructions, et une société se for-

(1) Cf. El-Bokhâri et Moslim, aux endroits cités dans la note précédente.

mera entre les intéressés : le maître du terrain y aura une part proportionnée à la valeur de son terrain et les créanciers une part proportionnée à la valeur des constructions. Si, par exemple, la valeur du tout est de quinze cents dirhems, celle du champ de cinq cents et celle des constructions de mille, le maître du champ aura un tiers et les créanciers les deux tiers. La même règle s'applique à l'hypothèse du fil et aux cas analogues [d'incorporation de travail], toutes les fois que l'acheteur tombe en déconfiture et ne peut payer ce qu'il doit.

Il se peut que l'acheteur d'une chose n'y ait rien introduit de nouveau, mais que cette chose, ayant la vogue, ait augmenté de valeur. Le maître de cette chose veut alors exercer sur elle son droit de revendication et les créanciers veulent la retenir. Dans cette hypothèse, les créanciers ont une option : ou bien, ils payeront au maître de la marchandise le prix moyennant lequel il l'a vendue, sans en rien retrancher ; ou bien, ils lui livreront la marchandise. Si, [au contraire], la marchandise a diminué de valeur, le vendeur a le choix : ou bien, il reprendra la chose en nature et, alors, il n'aura absolument rien à réclamer par ailleurs dans l'actif de son débiteur ; ou bien, il prendra la qualité de créancier, subira avec les autres la loi du concours et ne reprendra pas sa chose (1).

Mâlik a dit : Un homme achète une femme esclave qui accouche ou une femelle qui met bas, alors qu'il est déjà en possession. Puis, cet acheteur tombe en déconfiture. L'esclave ou la bête et leur rejeton sont pour le vendeur (2),

(1) Toutes ces solutions, à la fois très simples et très élégantes, font honneur au sens juridique de Mâlik.

(2) Si le rejeton doit être rendu avec la mère, cela tient, sans doute, à ce qu'au moment de la vente, il constituait avec elle un tout indiscernable qui n'en pouvait être séparé juridiquement. Cf., plus haut, p. 4, n. 1 et 2.

à moins que les créanciers, désirant [les garder], ne règlent [à ce vendeur] son dû tout entier : auquel cas, ils garderont la chose [qui a fait l'objet de la vente].

CHAPITRE 43

DE CE QUI EST LICITE EN MATIÈRE DE PRÊT (SELEF) (1)

Mâlik rapporte, d'après Zaïd ben Aslam, d'après ʿAṭâ ben Yasâr, d'après Abou Râfiʿ, affranchi de l'Envoyé de Dieu, qu'Abou Râfiʿ a dit : « L'Envoyé de Dieu emprunta un jeune chameau. Quand arrivèrent les chameaux de la zekât, l'Envoyé de Dieu m'ordonna de rendre à son créancier un jeune chameau [pareil à celui qu'il avait emprunté] (2). *» Je lui dis : « Je n'ai pu trouver, dans le » troupeau, qu'un chameau excellent et dans la force de » l'âge* (3). *» L'Envoyé de Dieu répondit : « Donne-le lui !*

(1) Nous traduisons ici le mot سلف par prêt et non par vente à terme. On sait que le Selef peut être l'un ou l'autre. Mais il résulte du contenu de notre chapitre que Mâlik l'envisage ici seulement dans sa fonction de prêt.

(2) Ce passage, pris à la lettre, ferait difficulté. Il semble, en effet, en résulter que le Prophète veut payer sa dette avec un chameau provenant de sa part dans la zekât; or, on le sait, le Prophète ne pouvait rien prendre de la dîme aumônière. Il faut, en réalité, comprendre qu'il donne l'ordre d'acheter un chameau faisant partie de la dîme aumônière. Cela résulte d'ailleurs très clairement d'une tradition, étroitement apparentée à la nôtre, qui se trouve dans El-Bokhâri, liv. XLIII, ch. 4 (HOUDAS et MARÇAIS, *T. I.*, t. II, p. 114).

(3) جملا خيارا رباعيا, dit le texte. Le chameau رَباع est celui qui entre dans sa septième année. Ce nom lui vient de cette circonstance qu'il a alors les dents dites رباعِيَات.

» *Certes, les gens les meilleurs sont ceux qui se montrent les* » *plus libéraux dans le payement de leurs dettes* (1). »

Mâlik rapporte, d'après Ḥoumaïd ben Qaïs El-Makki, d'après Moudjâhid, que ce dernier a dit : « 'Abd Allah ben 'Omar emprunta des dirhems. Ensuite, il rendit à son créancier des dirhems meilleurs que ceux [qu'il avait reçus] (2). *[En les recevant, le créancier] dit : « O Abou 'Abd Er-* » *Raḥmân, ceux-ci sont meilleurs que ceux que je t'ai* » *prêtés. » 'Abd Allah ben 'Omar répondit : « Je le sais,* » *mais c'est de bon cœur que j'agis ainsi* (3). »

Mâlik a dit : Il n'y a pas de mal à ce qu'un prêteur reçoive de son emprunteur de l'or, de l'argent, des comestibles ou des animaux de qualité supérieure à ceux qu'il a prêtés, pourvu qu'il n'y ait pas eu de stipulation en ce sens et pourvu que [l'emprunteur n'agisse pas ainsi pour obéir] à une coutume locale. Si le fait se produit par suite

(1) Ce hadits figure tel quel dans Moslim, t. VII, p. ٤٣. On trouve dans El-Bokhâri (*loc. cit.* dans la note 2 de la p. 117) un hadits, rapporté par Abou Horaïra, qui est en relation étroite avec celui-ci.

(2) دراهم خيرا منها. La même tradition est rapportée par El-Bokhâri dans des termes un peu différents (liv. XLIII, tardjouma du ch. 17). Au lieu de dire, comme ici, qu'Ibn 'Omar rendit دراهم خيرا منها, El-Bokhâri dit qu'il rendit أَفْضَلَ مِن دَرَاهِمِهِ. Il est certain, néanmoins, que le sens reste le même. C'est donc à tort que M. Houdas (*T. I.*, t. II, p. 119) a traduit que l'emprunteur rend « plus de dirhems qu'il n'en a reçu ». افضل من دراهم signifie, dans ce passage, « des dirhems meilleurs ». Cette hypothèse de monnaies de meilleur aloi était très pratique, étant donnée la variété des monnaies, byzantines, sassanides et autres, qui avaient cours dans l'empire arabe, surtout jusqu'à la réforme monétaire de 'Abd El-Mâlik.

(3) Cette tradition se trouve dans Moslim, t. VII, p. ٤٤. Comme on l'a vu dans la note précédente, elle est mentionnée par El-Bokhâri, *loc. cit.*

d'une stipulation, d'une promesse ou d'un usage particulier, il devient blâmable et cesse d'être bon. C'est ainsi que l'Envoyé de Dieu a rendu un chameau excellent et dans la force de l'âge, à la place de celui qu'il avait emprunté; c'est ainsi que 'Abd Allah ben 'Omar, ayant emprunté des dirhems, en rendit de meilleurs. Si cela est fait de bon cœur par le débiteur et s'il n'y a eu à ce sujet ni stipulation, ni promesse, ni obéissance à une coutume, cela est permis et il n'y a pas de mal à cela (1).

CHAPITRE 44

DE CE QUI N'EST PAS LICITE EN MATIÈRE DE PRÊT

Mâlik rapporte qu'il lui est parvenu que 'Omar ben El-Khaṭṭâb s'est prononcé sur le cas d'un homme qui avait prêté un comestible à un autre, sous la condition que ce dernier le rembourserait dans une autre ville. 'Omar ben El-Khaṭṭâb réprouva cette opération en disant : « Et que fait-on du transport ? (2). »

Mâlik rapporte qu'il lui est parvenu qu'un homme alla chez 'Abd Allah ben 'Omar et lui dit : « O Abou 'Abd Er-Raḥmân, j'ai fait un prêt à un homme et j'ai stipulé de lui

(1) Parce qu'alors, il n'y a pas violation de la règle que le prêt est essentiellement gratuit. Ce que l'emprunteur ajoute volontairement à ce qu'il doit s'analyse en une donation méritoire, par laquelle il témoigne sa reconnaissance à celui qui l'a obligé en lui consentant un prêt.

(2) Par ces mots, 'Omar veut marquer que, les frais de transport retombant, dans cette convention, sur l'emprunteur, le Selef perd le caractère gratuit qui est de son essence.

quelque chose de meilleur que ce que je lui ai prêté. » *'Abd Allah ben 'Omar dit :* « *C'est de l'usure.* » — « *Que m'ordonnes-tu de faire ?* » *reprit l'homme. 'Abd Allah ben 'Omar répondit :* « *Le prêt peut être fait à trois points de vue. Tu peux prêter, ayant en vue la récompense de Dieu ; ce à quoi tu as droit, alors, c'est à la récompense de Dieu. Tu peux prêter, ayant en vue la reconnaissance de ton prochain ; ce à quoi tu as droit, alors, c'est à la reconnaissance de ton prochain. Tu peux prêter pour acquérir ce qui t'est illicite avec ce qui t'est licite* (1). *Cela, c'est de l'usure.* » — *L'homme demanda de nouveau :* « *Que m'ordonnes-tu de faire, ô Abou 'Abd Er-Raḥmân ?* » — « *Je suis d'avis, répondit-il, que tu déchires le billet. Si ton débiteur te donne une chose semblable à ce que tu lui as prêté, accepte-la. S'il te donne une chose moins bonne, accepte-la de même et Dieu te récompensera. S'il te donne de bon cœur une chose meilleure, c'est un remerciement qu'il te fait et tu gardes cependant ton droit à une récompense* [*céleste*] *pour le délai que tu lui as accordé.* »

Mâlik rapporte, d'après Nâfi', que ce dernier a entendu 'Abd Allah ben 'Omar dire : « *Que celui qui fait un prêt ne stipule que la restitution de ce qu'il a prêté.* »

Mâlik rapporte qu'il lui est parvenu que 'Abd Allah ben Mas'oûd disait : « *Que celui qui consent un prêt ne stipule rien de plus qu'il n'a prêté, quand ce ne serait qu'une poignée de provende : car ce serait de l'usure.* »

(1) لتأخذ خبيثًا بطيب, dit le texte. Cette façon de parler est imitée du Coran, sour. IV, vers. 3, où خبيث est pris dans le sens d'illicite et طيب dans le sens de licite. (Cf. Peltier, *Le Livre des Testaments* d'El-Bokhâri, p. 55, n. 3.)

Mâlik a dit : L'usage universellement admis parmi nous est le suivant : Si quelqu'un emprunte un animal quelconque, désigné et décrit de façon précise, il n'y a pas de mal à cela (1) et l'emprunteur est tenu de rendre un animal semblable. Cependant, le prêt ne saurait porter sur des femmes esclaves. On a craint que ces prêts ne servissent d'expédient pour rendre licite ce qui ne l'est pas ; aussi, les a-t-on défendus. Voici pourquoi on les réprouve : Un homme ayant emprunté une esclave en use à son gré et, ensuite, il la rend elle-même à son maître (2). Cela n'est ni licite ni bon ; les savants l'ont toujours interdit et n'ont fait fléchir cette interdiction en faveur de personne.

CHAPITRE 45

DE LA DÉFENSE D'ACHETER SUR L'ACHAT ET DE VENDRE SUR LA VENTE [DE SON FRÈRE]

Mâlik rapporte, d'après Nâfi', d'après 'Abd Allah ben 'Omar, que l'Envoyé de Dieu a dit : « Qu'aucun de vous ne vende sur la vente d'un autre (3). »

(1) On a vu plus haut (ch. 43, p. 117) le Prophète emprunter un jeune chameau. Il résulte du texte lui-même (cf. les mots بصفة وتحلية) qu'il s'agit ici d'un prêt de consommation, non d'un commodat.

(2) « Car, dit Ez-Zourqâni, le prêt n'exclut pas la restitution de la chose elle-même. » Les prêts d'animaux envisagés sont bien des prêts de consommation, des *mutuum*. L'emprunteur doit, en principe, non la chose empruntée, mais une chose semblable. Pourtant, il peut se libérer en restituant la chose même qu'il a empruntée. C'est pour cela que le prêt des femmes esclaves est interdit ; car, à raison de cette faculté, il pourrait devenir un moyen facile de prostituer légalement les esclaves.

(3) Cf. El-Bokhâri, *L. des V.*, ch. 58, h. 1 (Peltier, *L. des V.*, p. 108), et Moslim, t. vi, p. ٤٤٣.

Mâlik rapporte, d'après Abou Ez-Zinâd, d'après Abou Horaïra, que l'Envoyé de Dieu a dit : « N'allez pas au-devant des caravanes qui viennent pour vendre [avant qu'elles ne soient arrivées au lieu de vente] (1). *Qu'aucun de vous ne vende sur la vente d'un autre. Ne simulez pas d'enchères* (2). *Que le citadin ne vende pas pour le bédouin* (3). *Ne retenez pas le lait dans les pis des chamelles et des brebis. Celui qui les achète après cela* (4) *a le choix entre ces deux partis : Après les avoir traites, si elles lui plaisent, qu'il les garde ; et, si elles lui déplaisent, qu'il les rende avec un ṣâ' de dattes* (5). »

Mâlik a dit : L'explication de la parole de l'Envoyé de Dieu : « Que nul ne vende sur la vente d'un autre » est, à notre avis, la suivante (mais Dieu est plus savant) : La seule chose qui soit défendue, c'est qu'un homme vienne faire une offre plus avantageuse sur l'offre de son frère, alors que le vendeur a accepté le prix qui lui est proposé

(1) Cf. El-Bokhâri, *L. des V.*, ch. 71, h. 1 (Peltier, *loc. cit.*, p. 133), et Moslim, t. vi, p. ٤٤٩.

(2) Cf. El-Bokhâri, *L. des V.*, ch. 60, h. 1 (Peltier, *loc. cit.*, p. 112), et Moslim, t. vi, p. ٤٤٦.

(3) Cf. El-Bokhâri, *L. des V.*, ch. 68, 69, 70 (Peltier, *loc. cit.*, p. 127 et s.), et Moslim, t. vi, p. ٤٥٣.

(4) بعد ذلك, dit le texte. Le plus simple est de comprendre بعد التصرية. Mais certains interprètes comprennent : بعد العلم بهذا النهي « après la publication de cette défense ».

(5) Cf. El-Bokhâri, *L. des V.*, ch. 64 et 65 (Peltier, *loc. cit.*, p. 121 et s.), et Moslim, t. vi, p. ٤٤٤. Sur toutes les règles formulées dans les hadits cités dans ce chapitre, nous nous bornons à renvoyer aux développements que nous avons donnés à la suite des différents chapitres d'El-Bokhâri, cités dans les notes précédentes.

et se dispose à conclure les conditions du pesage de l'or, ou à déclarer [la chose vendue] exempte de vices, ou à discuter d'autres clauses semblables qui montrent bien que le vendeur a déjà accepté la vente pour le prix que lui propose l'acheteur. Voilà ce qui est défendu (mais Dieu est plus savant) (1). Il n'y a pas de mal à faire une offre pour une chose exposée en vente. Il est clair que plusieurs personnes viennent la marchander. Si tout le monde devait s'abstenir, du moment qu'un individu a formulé une offre, on arriverait à acquérir une chose pour un prix insignifiant et les vendeurs seraient injustement lésés. L'usage a toujours été en ce sens parmi nous.

Mâlik rapporte, d'après Nâfi', d'après 'Abd Allah ben 'Omar, que l'Envoyé de Dieu a défendu l'enchère simulée.

Mâlik a dit : Il y a enchère simulée quand on offre d'une marchandise plus que sa valeur, sans avoir dans l'esprit l'intention de l'acheter, de telle sorte que quelqu'un se laisse entraîner par l'exemple.

---

(1) Mâlik, on le voit, se donne beaucoup de mal pour expliquer la portée de la règle qui défend de vendre ou d'acheter sur la vente ou sur l'achat de son frère. Ce qui rend pour lui cette explication laborieuse, c'est qu'il n'admet pas l'existence du خيار المجلس. Or, comme nous l'avons établi au *L. des V.* d'El-Bokhâri (p. 108 et s.), la règle en question ne peut prendre la rigueur d'une prescription légale que si on la combine avec celle qui permet aux parties de résilier leur contrat, tant qu'elles sont encore en présence.

CHAPITRE 46

OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR LES VENTES

Mâlik rapporte, d'après ʻAbd Allah ben Dînâr, d'après ʻAbd Allah ben ʻOmar, qu'un homme déclara à l'Envoyé de Dieu qu'on le trompait dans les ventes qu'il faisait. L'Envoyé de Dieu lui dit : « Quand tu conclus un marché, dis : « Pas de tromperie ! » — [Depuis lors], quand cet homme faisait un marché, il disait : « Pas de tromperie ! (1). »

Mâlik rapporte, d'après Yaḥia ben Saʻîd, que ce dernier a entendu Saʻîd ben El-Mosayyib dire : « Si tu vas dans un pays où les gens font bon poids et bonne mesure, prolonge ton séjour. Et si tu vas dans un pays où les gens font mauvais poids et mauvaise mesure, abrège ton séjour (2). »

Mâlik rapporte, d'après Yaḥia ben Saʻîd, que celui-ci a entendu Moḥammed ben El-Mounkadir dire : « Dieu aime l'homme qui est conciliant quand il vend, quand il achète, quand il paye [ce qu'il doit], quand il exige son dû. »

Mâlik a dit, relativement à l'homme qui achète en bloc des chameaux, des moutons, des étoffes, des esclaves ou

(1) Cf. El-Bokhâri, *L. des V.*, ch. 48, h. 1 (Peltier, p. 82), et Moslim, t. vi, p. ٤٧١. Dans ces mots que l'Envoyé de Dieu recommande de prononcer quand on fait un marché, les commentateurs voient un appel à la bonne foi du co-contractant qui hésitera davantage à tromper après les avoir entendus.

(2) En d'autres termes, il faut, le plus possible, s'abstenir de traiter avec les gens peu honnêtes.

des meubles, que l'achat en bloc n'est pas admis pour les choses qui se comptent (1).

Mâlik a dit : Le propriétaire d'une marchandise la confie à un individu qu'il charge de la vendre, pour son compte, à un prix fixé : « Si tu la vends pour le prix que je te marque, a-t-il dit à son courtier, tu auras un dinâr (ou telle chose qu'il détermine et dont les deux parties conviennent) ; si tu ne la vends pas, il n'y aura rien pour toi. » Il n'y a pas de mal à cela, du moment que le propriétaire a fixé le prix auquel le courtier doit vendre et assigné à ce dernier un salaire déterminé. Si le courtier fait la vente, il prend ce salaire ; s'il ne la fait pas, il n'a droit à rien. Cela ressemble au cas où un homme dit à un autre : « Si tu t'empares de mon esclave fugitif ou si tu me ramènes mon chameau égaré, tu auras tant et tant. » Cela doit être considéré comme une récompense forfaitaire et non comme un louage de services ; si l'on considérait cela comme un louage de services, ce ne serait pas valable (2). Si un homme remet une marchandise à un autre,

(1) Cette observation de Mâlik doit être considérée comme un commentaire sur le hadits placé en tête de ce chapitre et qui prohibe la fraude. En effet, acheter en bloc des choses qui se comptent aussi aisément que celles énumérées ici, ne peut s'expliquer que par un désir de fraude. Au chap. 16, p. 44, Mâlik déclare, de la même manière, que des dirhems et des dinârs ne peuvent être échangés en bloc, parce que « si on les échange en bloc, c'est uniquement parce qu'on a en vue l'aléa. »

(2) فهذا من باب الجعل وليس من باب الاجارة ولوكان من باب الاجارة لم يصلح. — Mâlik oppose ici le جُعْل et l'إجارة. Dans le جُعْل, une personne s'engage à faire une chose déterminée pour un prix déterminé ; de sorte que, si le résultat ne peut être obtenu, elle n'aura droit à rien, quelque peine qu'elle ait prise. Dans l'إجارة, au contraire, le salaire est dû par le seul fait que l'employé a fourni ses services, abstraction faite du résultat. Ceci posé, on comprend le rapprochement fait par Mâlik entre l'hypothèse du courtier qui ne touchera rien, s'il ne vend pas la chose, et celle de l'homme qui, s'étant engagé

en disant : « Vends-la et tu auras tant pour chaque dinâr », cela n'est pas valable, parce que toutes les fois que le prix de la marchandise se trouvera réduit d'un dinâr, le droit du courtier subira une diminution [proportionnelle]. L'opération est ainsi aléatoire ; on ne peut savoir [d'avance] combien le courtier recevra pour son salaire (1).

Mâlik rapporte qu'il interrogea Ibn Chihâb au sujet d'un homme qui, ayant loué une bête de somme, la [sous]-loua pour un prix supérieur à son prix de location. Ibn Chihâb répondit qu'il n'y avait pas de mal à cela.

à ramener un chameau égaré, ne parvient pas à le retrouver : tous deux ont perdu, sans profit, leur temps et leurs soins. Reste à savoir si une telle convention, qu'on pourrait très bien envisager comme aléatoire, est valable. La plupart des docteurs se sont prononcés pour la validité du جعل en se basant sur Coran, XII, 72 (cf. Beidâwi, I, p. 467) et, par analogie, Mâlik déclare valable la convention de courtage décrite dans notre passage.

(1) Mâlik, partant d'un point de vue très étroit, n'admet pas, on le voit, que le salaire du courtier puisse être proportionné au prix de vente et varier avec lui. Telle est, semble-t-il, l'opinion la plus répandue. Il convient pourtant de noter qu'El-Bokhâri, s'appuyant sur diverses autorités, professe, en cette matière, une opinion beaucoup plus libérale et plus conforme à nos conceptions. Voici, en effet, ce qu'il dit dans la tardjouma du ch. 14 du liv. du Salaire (XXXVII) :

بابُ أَجرِ السَّمْسَرَةِ ولم يَرَ ابنُ سِيرِينَ وعَطاءٌ وابرٰهيمُ والحَسَنُ بأَجْرِ السِّمْسارِ بأسًا وقال ابنُ عَبَّاسٍ لا بأسَ أن يقولَ بِعْ هذا الثَّوْبَ فما زادَ على كذا وكذا فَهُوَ لَكَ وقال ابنُ سِيرِينَ اذا قال بِعْهُ بكذا فما كان من رِبحٍ فَهُوَ لَكَ أو بَيْنِي وبَيْنَكَ فلا بأسَ به وقال النبيُّ صلى الله عليه وسلم المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِم

Cf., dans Houdas et Marçais, *T. I.*, t. II, p. 69, la traduction de ce passage.

TABLE DES MATIÈRES

ALGER. — TYPOGRAPHIE ADOLPHE JOURDAN. — ALGER

ALGER. — TYPOGRAPHIE ADOLPHE JOURDAN.